CARTA ABIERTA SOBRE LA INTOLERANCIA

APUNTES SOBRE DERECHO Y PROTESTA

ROBERTO GARGARELLA

EDICIÓN AMPLIADA

siglo veintiuno editores

MÍNIMA

CARTA ABIERTA SOBRE LA INTOLERANCIA

APUNTES SOBRE DERECHO Y PROTESTA

ROBERTO GARGARELLA

EDICIÓN AMPLIADA

siglo veintiuno editores

MÍNIMA

Índice

Cubierta

Índice

Colección

Portada

Copyright

Nota del editor

1. Carta abierta sobre la intolerancia

Discusión

2. Un diálogo sobre la ley y la protesta social

3. Sobre el uso legítimo del poder coercitivo del Estado

Epílogo

Bibliografía sugerida

Referencias bibliográficas

El autor

colección

mínima

Roberto Gargarella

CARTA ABIERTA SOBRE LA INTOLERANCIA

Apuntes sobre derecho y protesta

siglo veintiuno editores

Gargarella, Roberto

Carta abierta sobre la intolerancia: Apuntes sobre derecho y protesta.- 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.- (Mínima)

E-Book.

ISBN 978-987-629-589-5

1. Política Argentina. I. Título

CDD 320.82

© 2006, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

Diseño de cubierta: Juan Pablo Cambariere

Digitalización: Departamento de Producción Editorial de Siglo XXI Editores Argentina

Primera edición en formato digital: julio de 2015

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

ISBN edición digital (ePub): 978-987-629-589-5

Nota del editor

La primera edición de este libro surgió de la exposición que hizo Roberto Gargarella en el Club de Cultura Socialista José Aricó en el marco del ciclo "¿Qué significa ser de izquierda hoy en…?", donde se discutían diversos aspectos de la coyuntura social y política. En esa ocasión, durante el segundo semestre de 2005, el tema elegido fue la protesta social. La versión de esa charla, publicada con el título de "Carta abierta sobre la intolerancia", fue revisada y ajustada tanto por el autor como por los participantes en el debate posterior.

La presente edición ampliada suma dos textos fundamentales para seguir pensando el fenómeno de la protesta. Se trata de "Un diálogo sobre la ley y la protesta social" y "Sobre el uso legítimo del poder coercitivo del Estado. ¿Cómo justificar la acción penal en contextos de marcada desigualdad social?" (versiones de ambos fueron publicadas en el volumen De la injusticia penal a la justicia social, Bogotá, Siglo del Hombre–Universidad de los Andes, 2008). A ellos se agrega un epílogo que evalúa críticamente los cambios de los últimos años en el modo de abordar el derecho a la protesta.

Al final se incluye una bibliografía básica sobre el tema, elaborada especialmente por el autor.

1. Carta abierta sobre la intolerancia

Introducción

El objetivo de las líneas que siguen es reflexionar críticamente sobre un tema grave y de actualidad como es el de la protesta en las calles y las reacciones del poder público –en particular, de la justicia– frente a ella. En lo personal, me rodean una cantidad de dudas acerca de cómo pensar el tema. Pero creo que allí está la aventura, allí está lo interesante: comenzar a pensar con cuidado sobre una cuestión difícil, antes que actuar o juzgar a partir de pálpitos, prejuicios o inercias de algún tipo. Por supuesto, no es sencillo decir con exactitud cuál es la mejor respuesta sobre el tema (aunque sugeriré algunas alternativas). En cambio, entiendo que resulta más fácil descartar malas respuestas, como las que encontramos con tanta frecuencia. Creo que si logramos eso, si conseguimos reconocer que muchas de las cosas que hoy se dicen cuando se discute sobre la protesta social son insostenibles, habremos dado un paso importantísimo para seguir debatiendo.

La estrategia argumentativa que voy a desarrollar es la siguiente. Voy a examinar de manera crítica las principales razones que han dado nuestros jueces cuando se han enfrentado a este tipo de problemas, e intentar demostrar hasta qué punto esas afirmaciones resultan teóricamente inteligibles y valorativamente aceptables. Optar por esta vía de ingreso a la discusión tiene algunas ventajas, que son las que me han llevado a adoptarla. Me referiré aquí, con cierta brevedad, a tales ventajas.

En primer lugar, me parece que cuando separamos los formalismos jurídicos, el palabrerío innecesario, la jerga judicial empleada de manera indebida, notamos que los jueces ofrecen argumentos que no difieren demasiado de los que encontramos todos los días en la calle o en cualquier bar, cuando dos amigos conversan sobre el tema. Por eso, al repasar y criticar las argumentaciones judiciales, estaré repasando y criticando una serie de consideraciones que muchos de nosotros empleamos, con mayor o menor sofisticación, en nuestras discusiones cotidianas.

En segundo lugar, es muy importante prestar atención a lo que dicen nuestros jueces ya que al fin de cuentas son ellos los que (para bien o para mal, aunque yo diría que para mal) definen el significado "verdadero" de la Constitución. Si los jueces dicen que la Constitución no acepta los cortes de ruta, o que prohíbe que los manifestantes utilicen pasamontañas, o que rechaza que se hagan protestas en nombre de intereses sectoriales (y aunque, en los hechos, su texto explícito no mencione absolutamente nada al respecto), entonces, y en principio, la Constitución dice eso. Esto es, siempre tenemos que prestarles mucha atención a los dichos de nuestros jueces, ya que –quiérase o no– determinan en buena medida los límites posibles de nuestras acciones e iniciativas.

Por otra parte, me interesa decir que la argumentación judicial es, o debería representar, el escalón más alto en materia de discusión pública. Los jueces están forzados a decidir sobre las principales cuestiones de interés colectivo (todas las relacionadas con la Constitución, que incluyen temas importantísimos como la libertad de expresión, la libertad religiosa, la privacidad, los límites de la democracia). Y están obligados a hacerlo con argumentos, lo que significa que no pueden dictaminar en un caso sin dar razones al respecto. Más todavía, los jueces tienen la obligación de argumentar utilizando razones públicas en sus decisiones, esto es, razones que todos pueden entender y en definitiva aceptar. Ellos no pueden fundar sus fallos, por ejemplo, con frases como "Y decido de este modo porque a mí me parece" o "Decido de este modo porque los simpatizantes de este gobierno (o los peronistas, o los católicos, o los progresistas, o los hinchas de Boca) pensamos así". Los argumentos judiciales deben apoyarse en la Constitución y, como tales, ser aceptables, en principio, por cualquiera de los integrantes de nuestra comunidad. Así, los jueces tienen una responsabilidad muy especial, que debería llevarlos a hacer un esfuerzo para respaldar sus decisiones en argumentos claros y persuasivos para cualquier ciudadano, un esfuerzo que ni siquiera se esperaría de un legislador.

El enfoque que voy a presentar tiene su punto de partida en un estudio que realizo desde tiempo atrás, referido al modo en que los jueces han reaccionado frente al disenso, frente a los críticos del poder. Por fortuna o no, en los últimos tiempos ha habido muchas

decisiones judiciales sobre el tema de la protesta, muchas de ellas coincidentes en sus fundamentos. Como línea general, uno detecta una gran debilidad en las argumentaciones judiciales dominantes, lo cual resulta muy preocupante si se tienen en cuenta las consideraciones anteriores. No porque sea obvio cómo deben resolverse los casos que involucran cuestiones de protesta social, sino por la notoria pobreza que se observa en este terreno, por la cantidad de reflexiones y discusiones que se echan en falta. Por lo general, uno se encuentra con aproximaciones más bien simplistas y dogmáticas sobre cuestiones que implican, finalmente, que algunas personas queden presas, que otras queden en libertad, que algunos sean sancionados y otros absueltos.

Todo esto debería forzarnos, como ciudadanos, a exigir mucha más seriedad en quienes están tomando decisiones. Este sería mi punto de partida. En todo caso, tendremos oportunidad de examinar si los argumentos habituales de nuestros jueces son realmente débiles o no. Vamos a retomar uno a uno esos argumentos, de modo de ponerlos a prueba, sondear hasta dónde resisten y ver cómo han intentado superarse unos a otros. Lo que voy a hacer es presentar esos argumentos no tanto en el orden cronológico en que han aparecido sino en orden de importancia: iremos de los menos trascendentes a los más interesantes, y veremos en cada caso en dónde radica su interés y su valor, o sea, en definitiva, hasta qué punto las razones que presentan nuestros jueces resultan atractivas desde el punto de vista constitucional.

Además, realizaré tres comentarios breves: uno sobre la cuestión de lo que llamaría comunidad, otro sobre la cuestión de la democracia y el último se referirá a la cuestión de los derechos. Veremos, entonces, de qué modo estas reflexiones impactan o podrían impactar en la resolución de las cuestiones ligadas a la protesta social. Anticipo que, en mi opinión, dichas reflexiones sugieren que comencemos a pensar en decisiones diferentes: vienen a argumentar en una dirección que es contraria a la que en nuestros días se percibe como dominante dentro de la justicia.

¿Dónde terminan los derechos de cada uno?

Comenzaré, entonces, por un argumento que es el más común y el más pobre de todos pero que, a pesar de ello, ha tendido a aparecer como decisivo en una multiplicidad de fallos. Me refiero a la idea obvia, más bien vacua, de que todos los derechos tienen un límite; luego, los derechos no son absolutos y no se puede hacer cualquier cosa en nombre de un derecho. Esa idea de un límite resulta inteligible para todos, pero hasta que no nos digan cuál es ese límite, por qué razones y qué hacemos a partir de que lo descubrimos, no nos habrán dicho nada. Por eso es que hay en dicho reclamo una apelación a algo que todos en principio podemos suscribir ("los derechos tienen un límite"), pero que deja encubierto todo lo que interesa ver, relacionado con qué hacemos si es que descubrimos ese límite y cuándo aparece.

Así, nos encontramos en realidad con lo que constituye sólo la frase inicial de lo que debería ser un razonamiento. Permítanme citar algún ejemplo al respecto, proveniente de la doctrina argentina; más específicamente, de Gregorio Badeni. Dice Badeni (1999): "La libertad de expresión es una libertad legítima, propia de las repúblicas pero no es una libertad absoluta. El derecho de peticionar, como toda libertad, no es absoluto pues su ejercicio debe adecuarse a las leyes reglamentarias". A esa afirmación podríamos responder: "Bueno, eso está muy bien, pero lo que en realidad importa es todo lo que usted no nos ha dicho". Y lo que uno normalmente encuentra en las decisiones judiciales, al menos en las muchas que yo revisé (y en esto les pido que confíen en mi palabra), es que esta primera frase, que debería ser la línea inicial de un razonamiento completo, se convierte en premisa única de la cual se deriva la resolución del caso.

Se nos dice –a partir de aquella declaración inicial, vaga, tan abstracta– que es necesario condenar a tal persona o impedir tal otra marcha o denegar respaldo a esta manifestación porque los derechos tienen un límite. Pero en realidad no nos han dicho de ningún modo por qué debe tomarse esa decisión tan drástica. Los jueces no nos han aclarado absolutamente nada al decirnos que los derechos tienen un límite. ¿Cuál es el límite? ¿Es mi palabra, la palabra del presidente, la opinión de la mayoría? ¿O está en las

preferencias particulares del juez? Porque si consideramos que los derechos tienen –como merecen tener– un peso extraordinario, entonces los jueces tienen que darnos una razón muy fuerte si es que con determinada decisión quieren, finalmente, justificar la remoción de un derecho.

La estrategia que critico es, sin embargo, muy habitual en nuestro medio. Se la pudo observar, por ejemplo, en un reciente fallo que deniega la excarcelación a los llamados presos de la Legislatura (me refiero a los manifestantes detenidos luego de que se expresaran de modo violento frente a la Legislatura de la ciudad). La decisión del caso por parte de la Sala V de la Cámara resultó muy simplista, brutal, tanto que podríamos decir que entonces la justicia vino a devolver golpe con golpe, violencia con violencia. La Cámara denegó entonces la excarcelación de esta gente básicamente apelando al argumento citado: "Es que los derechos" –de los manifestantes, en este caso– "tienen un límite". Pero, como advertimos más arriba, con afirmaciones de ese tipo la Cámara no nos dice absolutamente nada de interés, nada que logre fundamentar el contenido de su drástica decisión. De todos modos, ha habido intentos más sofisticados sobre la cuestión, orientados a dar contenido a la idea de que los derechos tienen límites; a ellos quisiera abocarme a continuación.

Algunos han dicho, por ejemplo, "Los límites de los derechos tienen que ver con el interés de todos los demás, con el bien común, con reclamos en nombre del interés general. Hay un interés general que cuidar, hay un bien común que custodiar". Y estas personas podrían agregar: "Usted tiene derecho a protestar, pero eso no significa que pueda protestar de cualquier modo, por ejemplo, pasándole por encima al interés común, descuidando el bien de la nación, el interés general".

Ahora bien, este reclamo, que uno escucha muy a menudo en autoridades jurídicas y en comunicadores sociales, no deja de ser muy pobre. ¿Por qué? Porque, dentro del ámbito jurídico, resulta, no sé si obvia pero casi, la posición opuesta, la idea de que los derechos nunca pueden removerse en nombre de semejantes generalidades. Presumimos que, si la idea de derechos tiene sentido, es porque estos son capaces de vencer cualquier reclamo realizado

en nombre de nociones tan inasibles como las de bien común o interés general. Justamente, uno podría decir que la idea de derechos nace para oponerse a reclamos efectuados en nombre de tal tipo de vaguedades.

En una conocida y bastante reciente decisión judicial (el llamado caso “C. H. A.”), el actual presidente de la Corte, Enrique Petracchi, [*] sostenía lo que acabo de decir, en contra de lo expresado por el juez Antonio Boggiano en ese mismo fallo. La decisión versaba sobre los derechos de la comunidad homosexual argentina, y Boggiano había dicho entonces algo como: “Esta gente quiere el reconocimiento de la personalidad jurídica para la asociación que ha formado; sin embargo, el fin de la entidad que integra es contrario al bien común”. Y lo que expresó Petracchi, en su respuesta a Boggiano, fue lo que cualquier persona comprometida con una idea más o menos liberal del derecho debía decir: “Mire, Boggiano, esto no es así, el razonamiento apropiado es exactamente lo contrario de lo que usted sugiere. No es que los derechos encuentran su límite en la idea del bien común, sino que cualquier reclamo hecho en nombre del bien común encuentra su límite en la idea de los derechos”. Precisamente los derechos están en el centro, y fijan los límites que los demás reclamos vagos y generales deben encontrar (esto, cabe recordarlo, es lo mismo que sostuvo el famoso filósofo del derecho Ronald Dworkin al señalar que los derechos debían ser vistos como “cartas de triunfo” frente a cualquier reclamo en nombre del bien común).

Petracchi dijo entonces algo más, también interesante: que en la Argentina la idea de bien común había funcionado habitualmente como caballo de Troya para canalizar impulsos autoritarios. Eso sucedía porque a menudo se la invocaba para cercenar derechos individuales, a la luz de las convicciones morales o personales de los agentes del gobierno de turno. En síntesis, si los derechos tienen algún peso, alguna fuerza, eso se ve en su capacidad para vencer las demandas hechas a favor de generalidades como las de bien común o interés general. Y si no son capaces de resistir esos embates, entonces estamos hablando de papeles pintados, de elementos meramente decorativos. De allí que también este intento de darle contenido a la idea de los límites de los derechos pueda ser visto como un intento fallido.

Llegados a este punto, podemos examinar una nueva línea argumentativa, sobre la que no me detendré demasiado. Tiene que ver con la aspiración de limitar los derechos en nombre de la eficiencia económica, una estrategia muy usada en la Argentina en los años noventa y que se sigue usando. Frente a quienes pretenden decir, por ejemplo, que los derechos de los que protestan merecen ser recortados con el objeto de no obstaculizar el desarrollo económico –o sea, con el objeto de no frenar o asustar a los inversores– habría mucho por contestar, pero sólo aludiré a algunos argumentos posibles.

Ante todo, mencionaré que la Constitución argentina no es muda respecto de cuestiones que tienen que ver con cómo organizamos las bases económicas de la vida en común. No es muda respecto de cualquier plan económico. Por supuesto, y en principio, uno debe aceptar que nuestra Constitución es compatible con múltiples y aun opuestas medidas económicas. De todos modos, reivindicaría también que eso no significa que ella permita cualquier cosa respecto de nuestras elecciones económicas, que hay ciertos pasos que nos impide dar aunque se hagan en nombre de la eficiencia económica. ¿Por qué? Por esta misma idea que mencionábamos antes: porque protege ciertos derechos básicos y lo hace de modo incondicional.

Eso hace que, si en algún momento usted me dice: “Los argentinos tenemos que hacer grandes sacrificios (que incluyen la limitación temporal de algunos derechos) para poder agrandar la torta y así después poder repartirla y asegurar, finalmente, los derechos de todos”, tendré que formular de inmediato algunas preguntas. Podría señalar, por ejemplo: “Usted debe decirme quién va a hacer ese sacrificio, en qué va a consistir, hasta qué medida se va a sacrificar a los sacrificados, hasta qué punto y por qué razones. Usted debe explicarme por qué quiere que esos sacrificios sean hechos por tales personas y no por tales otras; es decir, usted debe justificar cómo quiere repartir esos sacrificios, y según qué criterios”. ¿Y todo esto por qué? Porque acá estamos comprometidos con la defensa de ciertos derechos básicos.

Entonces, no se puede hacer cualquier cosa –y mucho menos cercenar derechos– en nombre de la eficiencia económica. A quien

opte por ese camino debemos decirle: “Mire, estamos comprometidos con algunas cosas que son todavía más importantes que el hipotético –ya que nunca seguro– logro de la eficiencia económica”. Es decir, reconocemos que la eficiencia económica es importantísima aun para mejorar la protección y satisfacción de los derechos, pero al mismo tiempo afirmamos que ni siquiera en nombre de la eficiencia económica pueden removerse algunos derechos básicos. Por supuesto, hay muchísimo más para decir en este terreno. Tengo algunas intuiciones al respecto, pero por ahora me detendría aquí, afirmando sólo que hay que abandonar la idea de que la Constitución es compatible con cualquier opción económica.

Choque de derechos

La discusión, de todos modos, tiende a ponerse más interesante cuando los jueces y juristas abandonan la idea de que hay que limitar los derechos en nombre del bien común o de la eficiencia económica y pasan a sostener que, en verdad, lo que ellos proponen es limitar los derechos de los manifestantes, pero (y aquí aparece la diferencia con los casos anteriores) sólo en nombre de los derechos de los demás individuos. Nos dicen entonces: “Lo que pasa es que acá se enfrentan dos derechos. Es cierto que proponemos limitar ciertos derechos, pero lo que ocurre en este caso es que el de los manifestantes choca con los derechos de los demás”. En algunas situaciones –nos explican– se requiere limitar el derecho a la protesta de algunos, pero sólo porque es necesario, al mismo tiempo, proteger otros derechos involucrados, como el derecho a transitar libremente, a una vida pacífica, a tener las calles limpias, a llegar al trabajo a la hora que quiero, etc.

Así, la discusión empieza a tomar color, gana espesor. Pero, cabe advertirlo, todavía estamos en una etapa muy inicial. En efecto, cuando me dicen: “Mi derecho chocó con su derecho”, me han dicho bastante poco. ¿Por qué? Porque los problemas jurídicos interesantes son los que aparecen ahí, los que tenemos que empezar

a desentrañar. Ahora aparece la necesidad de justificar por qué, por ejemplo, vamos a abandonar primero este o este otro derecho. Cuando se produce un choque entre derechos se da una situación trágica para cualquier interesado en la vida jurídica. ¿Por qué? Porque nos encontramos frente a dos derechos que reclaman el mismo espacio, pelean por el mismo lugar, que sólo uno de ellos puede preservar. Alguno de los dos va a perder. Por algún lado vamos a sangrar, por algún lado vamos a sufrir. Y, por supuesto, en tales casos sería ridículo afirmar una solución salomónica del tipo: "Bueno, partamos por la mitad los derechos involucrados".

Nos vemos en una situación en que algo importante y que valoramos se va a perder, y por eso tenemos que lograr que esta pérdida afecte lo menos posible aquello que más valoramos. Entonces, hace falta justificar cuál es el derecho que va a perder más, cuánto va a perder y por qué razones. No me basta con decir: "Acá chocó un derecho con otro", como si de allí se desprendiera alguna solución. Sin embargo, lamentablemente, esto es lo que suelen decirnos los jueces para, de inmediato, definir cuál es el derecho que pierde y cuál el que se mantiene. Ocurre que estamos, otra vez, sólo en el punto de partida. Ahora es cuando debemos empezar a discutir, cuando nos tienen que decir por qué este derecho es más importante que este otro. Y esta es una discusión que nos compromete a todos, porque involucra a la Constitución, que está al alcance de cualquiera y tiene que ser pensada de ese modo, no como algo reservado para científicos.

En el caso de los cortes de ruta, nos enfrentamos con una típica situación de choque de derechos, que requiere de nosotros que empecemos a hacer como en el juego de los palitos chinos: ver cuál es el que sacamos primero y cuál el que preservamos hasta el final. En efecto, en situaciones como esa chocan derechos tan diversos como el de libertad de expresión, el de peticionar a las autoridades, el de tener las calles limpias, el de transitar libremente; hay decenas de derechos en juego. Por lo tanto, hay que empezar a discriminar cuál es el más relevante de todos. Los derechos deben jerarquizarse de algún modo, y mi opinión es que hay fórmulas para hacerlo.

Mi sugerencia al respecto –y esta es una sugerencia amparada por mucha jurisprudencia– es que el último derecho que retirar, o sea,

el que hay que proteger, es el que está más cerca del nervio democrático de la Constitución. Con esto quiero decir que, si hay decenas de derechos en juego, como puede ocurrir en un corte de ruta, tenemos que hacer el máximo esfuerzo por preservar hasta el final aquellos derechos que estén más cerca del núcleo central de la Constitución. ¿Y cuáles serían? Según entiendo, ese núcleo duro tiene que ver con las reglas básicas del juego democrático. Creo que allí ocupan un lugar más que central derechos como los vinculados a la libre expresión.

En líneas generales (y esto no lo presento como un dogma, sino como algo que merece ser defendido y que puede ser salvaguardado con alguna facilidad), cuestiones tales como la libertad de expresión merecen un lugar muy especial dentro de nuestra escala de derechos. La idea es que, así como todos los derechos nos importan y merecen protección, los vinculados a la libertad de expresión deben ser objeto de una salvaguarda especial. Y más todavía: dentro de ellos encontramos subderechos que merecen una protección aún mayor. Pienso aquí en el derecho a criticar a las autoridades en ejercicio del poder. De todo esto, mi conclusión es que si el juez quiere saber qué hacer en esas terribles y dilemáticas situaciones en que deben recortarse derechos, una buena respuesta puede estar allí: en esa búsqueda por determinar cuál de los derechos en juego está más vinculado al núcleo democrático de la Constitución. Para el caso concreto, creo que el consejo puede ser más preciso para señalarle al magistrado su deber más importante, que es el de proteger a quien habla, sobre todo si se trata de una voz que pretende presentar una crítica contra quienes ejercen el poder. Esa voz es la que necesita mayor protección.

El valor especial de la expresión

Por supuesto, alguno puede pensar que esta es una manera impropia de establecer jerarquías entre derechos. Se nos puede objetar: “Lo suyo es puro dogmatismo, prejuicio ideológico”. Bien, pero en ese caso se nos deberá indicar, entonces, cuál es la

jerarquización alternativa que se va a defender. Se nos deberá decir por qué, por ejemplo, el derecho a transitar libremente va a tener prioridad absoluta frente al derecho a expresar críticas al poder. Al respecto, y sólo para citar un antecedente, quisiera mencionar un ejemplo muy importante de la jurisprudencia estadounidense. Lo interesante es que se trata de un caso retomado una y mil veces por la jurisprudencia argentina. Me refiero a la famosa causa "New York Times Company c. Sullivan", que resumiré muy brevemente.

En los años sesenta se hizo en Nueva York una importante marcha a favor de Martin Luther King. La manifestación fue muy significativa en cuanto al número de los participantes, pero terminó con una dura represión policial. Ante tamaña violencia, algunos intelectuales y activistas decidieron publicar una solicitada en el diario The New York Times criticando al jefe de policía que había encabezado la represión. En la solicitada, sin embargo, se mezclaron argumentos y datos verdaderos con otros falsos (por ejemplo, se sostuvo que la represión había provocado más heridos de los que realmente había causado). La justicia debió decidir entonces qué hacer: si preservar el honor del jefe de policía, quien sostenía que se lo había injuriado indebidamente (y obligar al diario a pagar una indemnización millonaria), o preservar el derecho de los críticos a criticar, aun al costo de aceptar que esas críticas pudieran incluir falsedades o imprecisiones. Y el fallo fue, en un sentido, revolucionario –y así se reconoció en todo el mundo–, porque frente a esa situación de choque de derechos la Corte hizo una defensa contundente, sin cortapisas, del derecho a criticar al poder. Sostuvo que dentro de una sociedad democrática nada era más importante que mantener abierto un debate público robusto, vigoroso y desinhibido. Es decir, ante la desgraciada situación del choque de derechos y la necesidad de optar por uno de entre dos derechos importantísimos, la Corte –en línea con lo que antes señalábamos acerca de proteger hasta último momento el derecho que esté más cerca del nervio básico de la Constitución– afirmó que el derecho a criticar al poder merecía una prioridad absoluta.

¿Y por qué sucedió así? Entre otras razones, porque tenemos un sistema representativo, y porque ya delegamos el control de las armas y del dinero al gobierno. Si en ese contexto se nos quiere recortar, además, el derecho de criticar al gobierno, entonces sí

estamos perdidos. En un sistema institucional como el que rige en la Argentina, necesitamos garantizar(nos) de forma permanente la posibilidad de objetar las acciones del gobierno, de mostrar sus flancos débiles, de reclamar y exigir que cambie su rumbo, que tome ciertas medidas, que deje de llevar adelante ciertas acciones. Por eso el Poder Judicial tiene esa responsabilidad tan especial de salir a defender a los críticos. Lo notable en casos como el de la Argentina es que la actitud que el Poder Judicial suele adoptar es exactamente la opuesta a la aquí sugerida. En vez de decir: "Al último que le suelto la mano es al crítico", lo que sostiene el Poder Judicial es: "Al primero al que combato, al primero al que le pongo límites es al crítico".

Conviene entonces hacer un nuevo intento por refinar más nuestra argumentación. Podría ser el siguiente. Alguien podría decir: "Está muy bien que la gente se exprese, está muy bien que la gente pueda hacer visibles sus reclamos, pero lo que pasa es que en la Argentina ya conocemos el reclamo piquetero. Es decir, si hubiese un problema de invisibilidad absoluta, entonces ahí sí podría haber razones para proteger al crítico: porque no se lo reconoce, porque su voz tiene que ser visible y audible frente al gobierno. Pero este no es el caso en la Argentina. Aquí sabemos de los piqueteros y vemos a los protagonistas de los cortes de ruta todos los días, a cada momento, en la televisión, en la radio, en los diarios". Esta respuesta es la que me dio muy recientemente el sociólogo Torcuato Di Tella en un debate, y en ocasión de presentar ideas parecidas. Él sostuvo: "Pero si yo a Castells [el dirigente piquetero] lo veo todos los días en televisión. Ya sé lo que quiere, cuál es su queja frente al gobierno". Sin embargo, esta respuesta vuelve a ser muy poco interesante. ¿Por qué? Por varias razones bastante obvias.

Ante todo, afirmaciones como la citada suponen que el reclamo de un piquetero es igual al reclamo de todos los piqueteros que existen en el país, cuando lo cierto es que lo único que suele haber en común es el recurso a un instrumento como el del corte de ruta. El hecho de que yo vea a Castells por la televisión no me dice nada sobre el problema de la gente de Mosconi, tampoco me dice cuál es el problema de quienes cortan la ruta en Trenque Lauquen o en Cutral Co. Entonces, en primer lugar, no tomemos como punto de partida que el reclamo piquetero es idéntico en todo el país. El

hecho de que ocasionalmente algún dirigente o grupo de piqueteros se torne visible no habla de la visibilidad de quienes hoy se ven agraviados por el derecho, de una punta a la otra del país.

Llegado hasta aquí, alguien podría señalar (y reproduzco el comentario que me hizo Jaime Malamud Goti, un filósofo del derecho a quien aprecio mucho): "Entiendo lo que decís. Hay grupos –pongamos, la gente en Mosconi– que tienen reclamos muy fuertes que hacer, y el hecho de que un día le hagan un reportaje a un dirigente piquetero no nos dice nada sobre lo grave de la situación que atraviesan. Ahora bien, una vez que han hecho visible ese reclamo, entonces sí, ya lo conocemos, ya está". Sin embargo, debería ser obvio que la discusión tampoco puede terminar en ese punto. Tomemos el caso propuesto, el de Mosconi, en el que, para simplificar, nos encontramos con una comunidad entera que ha perdido su fuente de ingresos, sus vacaciones, su obra social, en razón de la abrupta y desprolija privatización de una empresa alrededor de la cual estaba organizado el pueblo. Si esa gente tenía un reclamo importante que hacer –entre otros, porque no se les aseguró una fuente de trabajo alternativa, ni se les garantizó la subsistencia con algún subsidio de desempleo, ni tampoco se les pagaron en forma adecuada las indemnizaciones– y si la situación que originaba esos reclamos persiste en el tiempo, entonces de ningún modo basta con que un día esos ciudadanos tornen audible su voz. Ellos pueden tener el derecho de objetar al poder, y objetarlo de modo radical hasta el momento en que cese ese agravio constitucional que pesa sobre ellos.

Quiero decir: no basta con que un día los reconozcamos, les veamos las caras por televisión y sepamos cuál es su demanda. Si aquí lo que está en juego es un agravio sistemático a un derecho fundamental, entonces ese grupo debe tener la posibilidad de seguir reclamando hasta conseguir una solución efectiva a ese agravio. De todos modos, advirtamos que no estoy hablando de cualquier reclamo, sino de uno basado en un agravio constitucional fuerte.

En ocasiones cito, en respaldo de una postura como la señalada, una posición que sostuviera uno de los jueces más notables de la Corte estadounidense, el famoso juez Brennan. Y lo cito porque es de las personas que mejor han sabido razonar sobre este tipo de cuestiones

(su opinión lideró el mencionado fallo “New York Times Company c. Sullivan” y desde entonces se convirtió en símbolo de una defensa fuerte de la libertad de expresión). Siempre me interesa recuperar unas palabras suyas, que surgen de un fallo en que se examinaba qué hacer frente al reclamo de unos manifestantes que bloqueaban el acceso a una prisión estatal. Reflexionando sobre el método extremo de protesta escogido por los manifestantes, Brennan sostuvo:

Los métodos convencionales de petición pueden ser y suelen ser inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Aquellos que no controlan la televisión y la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para expresar sus ideas en la prensa diaria o hacer circular elaborados panfletos pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos, y como lo que nos interesa es que tengan un acceso regular a los funcionarios públicos, sobre todo si lo que tienen consigo es una queja vinculada con un agravio constitucional muy fuerte, entonces el hecho de que este sea un grupo con muy especiales dificultades para expresar su punto de vista nos obliga a tener una consideración muy especial frente a los medios que escoge para presentar sus reclamos.

Nuevamente, y sobre esto voy a volver, no es que esa dificultad de acceso a los foros públicos le otorgue a nadie una carta blanca para hacer cualquier cosa. Lo que se dice aquí es que el juez no puede dejar de tomar en cuenta en su decisión que el reclamo bajo examen proviene de un grupo que enfrenta inconvenientes muy serios para llegar a la autoridad correspondiente. El juez debe saber darle peso a esa difícil situación, tal vez siendo tolerante respecto de los modos de acción que en otros casos –por ejemplo, cuando el grupo que protesta tiene amplios recursos de expresión a su alcance– no debería tolerar fácilmente. A eso se refería Brennan: a la necesidad de prestar atención a las capacidades y posibilidades expresivas de quienes reclaman. Cuanto mayor sea la dificultad de un individuo o grupo para acceder al poder, más motivos hay para asegurarle una protección especial.

Conviene repasar, entonces, algunas de las ideas mencionadas hasta aquí. Dijimos que la justicia tiene un deber especial de proteger los derechos fundamentales de las personas. Dijimos también que había razones para que, dentro de esa lista de derechos, y en caso de conflictos, la justicia supiera distinguir entre ellos, de modo tal de dar preferencia a los derechos más próximos al nervio democrático de la Constitución, por ejemplo, los derechos vinculados a la libre expresión. Y dentro de esos derechos relacionados con la expresión, destacamos también que había razones especiales para proteger aún más a la crítica, sobre todo a la crítica política, la proveniente de los opositores al gobierno de turno. Por eso, del mismo modo en que un juez tiene razones generales para pensar la libertad de expresión como un superderecho, también tiene razones especiales para pensar el derecho a la crítica política como privilegiado dentro de la selecta lista de los derechos más protegidos. Lo que decimos ahora es que, dentro de esa esfera que merece ser superprotegida, se encuentra otra, necesitada de una protección todavía mayor: la vinculada a la crítica política proveniente de grupos que están en una situación especialmente vulnerable, o que enfrentan dificultades especiales para acceder al foro público.

Expresión, medios de comunicación e intereses particulares

El hecho de que los jueces deben proteger la expresión de los críticos del gobierno, y sobre todo la de aquellos que se encuentran en una posición vulnerable, merece reforzarse todavía más en países como la Argentina, donde la palabra, y en primer lugar la palabra pública, está distribuida de acuerdo con el dinero que cada uno tiene. Este aspecto no es menor y amerita que le dediquemos al menos un comentario.

En efecto, criterios como los que examinamos hace instantes nos llaman la atención acerca de la importancia de determinar si, en el

caso concreto, se trata de un grupo que no accede de manera equitativa a la radio y la televisión, tiene dificultades para acceder a esos medios o nota que los "métodos convencionales de petición" están muy lejos de sus posibilidades. Sin que dicho dato determine, desde luego, la resolución del caso, la idea es que tales observaciones no pueden estar ausentes en el razonamiento judicial. Es decir, el juez no puede cerrar los ojos al contexto que organiza la expresión pública en la sociedad. En países como la Argentina, ese contexto resulta muy problemático por la fuerte correlación que existe entre expresión y dinero, y por el modo extraordinariamente desigual en que se encuentra distribuido ese dinero. Estos países intensifican y agravan las preocupaciones citadas. Aquí, el acceso a los medios depende de lo que uno esté dispuesto a pagar por ese recurso, o de la capacidad que uno tenga para seducir a los que puedan pagar, dentro de un marco en el cual no son muchos los que pueden pagar ese precio.

El tema da para mucho y, por tanto, no querría extenderme en esta digresión. Sí diría que uno debe estar alerta para evitar una confusión bastante común: la de pensar que uno garantiza la libertad de expresión respetando un statu quo en que algunas voces resultan sistemáticamente silenciadas y otras se encuentran sobrerrepresentadas en la esfera política. Respetar la libertad de expresión no es sinónimo de mantenerse inactivo frente a un estado de cosas que consagra una gravísima e injustificada desigualdad de voces. Respetar la libertad de expresión requiere, por el contrario, acciones públicas destinadas a que se escuchen voces diferentes, acciones que faciliten el acceso a la escena pública de puntos de vista opuestos, acciones que rompan una inercia que castiga a quienes están peor por razones por completo ajenas a su responsabilidad.

Llegados aquí, y en un intento por complicar las cosas un poquito más, podríamos decir algo como lo siguiente: "Muy bien, vamos a aceptar lo dicho. Reconocemos la necesidad de proteger las voces críticas, como reconocemos el hecho de que los grupos con dificultades especiales merecen una protección especial. Pero esto no significa amparar cualquier cuestión. Una cosa es proteger a aquellos que buscan un medio de comunicación para expresar su reclamo y otra es darles resguardo a aquellos que sólo se mueven en

razón de intereses particulares". Permítanme citar a una famosa doctrinaria constitucional argentina, María Angélica Gelli:

Las acciones llevadas a cabo con la finalidad de llamar la atención de la opinión pública y la de presionar a las autoridades con cortes de rutas, caminos o calles [merecen ser limitadas] aun cuando las autoridades suelen ser muy complacientes con aquellas por motivos políticos o sociales y en ocasiones para evitar males mayores.

En cambio, agrega luego,

los reclamos y protestas ante los medios de comunicación social, en especial frente a la cámara de televisión, denotan el interés de los propulsores por hacerse visibles ante las autoridades o ante el público. Más allá de que pueden encubrir uno de los llamados operativos de prensa, no sería sino la manifestación de disconformidad o queja amparadas por la libertad expresiva.

Creo que la respuesta que merece darse a esta línea de reflexión es paralela a la que dábamos antes; es decir, aquí es importante reflexionar acerca de cuáles son las posibilidades efectivas de estos grupos de acceder a la autoridad pública y cuáles son los derechos que estos grupos ven vulnerados. En cambio, la profesora Gelli propone su argumento sin prestar mayor atención a esas violaciones de derechos y –peor aún– como si los grupos que usualmente no acceden a los medios de comunicación masivos esquivaran dichos medios por falta de voluntad, por desinterés hacia los demás o por el mero egoísmo que los mueve. Sin embargo, desde luego, el caso suele ser el opuesto: ellos no acceden a los medios porque los medios los eluden. Por fin, quienes acceden a los medios de masas no son quienes tienen más necesidades o urgencias, sino quienes (por buenas o malas razones, y habitualmente por las malas) son más interesantes para los medios.

Ahora bien, y para no confundirnos, agregaría otra cosa, y es que lo que aquí se solicita no tiene que ver, exclusivamente, con un reclamo a favor de un acceso más igualitario a los medios por parte de los grupos desaventajados. Lo que importa, en definitiva, es que los grupos más desaventajados puedan tornar visibles sus demandas, de forma de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas. Es decir, la disputa última no reside en una mera (pero fundamental) cuestión de acceso a los medios, sino en una disputa destinada a asegurar que no se violen los derechos fundamentales de nadie.

Para ilustrar lo expuesto con un ejemplo: en el mencionado caso de Mosconi, se sabe que los manifestantes presentaron primero sus demandas ante el concejo deliberante y luego a la legislatura provincial, que acudieron al gobernador, que recurrieron también a las autoridades nacionales. Como nadie escuchó sus reclamos, ellos dijeron: "Basta, salimos y hacemos alguna otra cosa para que nos presten atención". Otra vez, no es sólo cuestión de decir: "Muy bien, ya los escuchamos, ahora vayan a su casa". Se trata de ver si aquí hay un agravio constitucional básico, y si quienes se quejan tienen formas efectivas de hacerse oír y de garantizar, a partir de allí, la satisfacción de sus derechos básicos.

Otros –y aquí citaría a Néstor Sagüés, otra autoridad del derecho público argentino– sostuvieron que a esas manifestaciones hay que verlas con ojos más críticos, porque incluyen reclamos que no son asépticos. Esta es la misma idea que apareció en una de las sentencias más importantes que se dictaron en la Argentina para criminalizar la protesta, como fue el fallo "Alais" (de la Cámara Nacional de Casación Penal, es decir, la instancia superior en material penal argentina). En ese fallo, la Cámara sostuvo que la gente involucrada en los cortes no era inocente, ya que detrás de ella había, como suele ocurrir, un partido político, intereses particulares.

Ahora, otra vez, ante ese reclamo deberíamos responder: "Pero usted ¿qué se cree? ¿Que para hacer una manifestación legítima los manifestantes deben mantener un reclamo aséptico? ¿Que si la manifestación del caso tiene contenido político se desvirtúa el valor de lo que en ella se expresa? Si el reclamo del caso tiene que ver

con derechos constitucionales básicos, de allí en más no importa si yo pertenezco al partido político X, o si estoy asociado con el grupo W. En definitiva, ¿cuál es la razón para pensar que mi afiliación a cierto grupo puede socavar el valor de lo que reclamo? En todo caso, podríamos decir: “Esos compromisos pueden enaltecer mis demandas, ya que muestran hasta qué punto estoy comprometido con las ideas que defiendo. Si soy la única persona en la Argentina que es perseguida arbitrariamente, tengo todo el derecho del mundo a reivindicar mi derecho, aunque mi reclamo sea producto del interés egoísta más obvio: defenderme a mí y sólo a mí. Y si, como miembro del partido político X soy perseguido, yo y todos mis copartidarios tenemos todo el derecho de salir a la calle a protestar”.

Ambos reclamos, debe resultar obvio, se ven claramente respaldados por la Constitución. Así, la idea de que puede desplazarse o descalificarse una demanda porque la presenta un individuo o un grupo movido por intereses particulares resulta muy problemática. Por lo menos habrá que completar el argumento de otro modo si se pretende que tenga algún sentido. Seguimos, entonces, buscando argumentos interesantes, aunque todavía no aparecen.

Foros públicos, expresión y violencia

Una forma posible de mejorar la discusión aquí en juego es la de recurrir a lo que internacionalmente se conoce como doctrina del foro público. Esta sostiene que las manifestaciones realizadas en calles y plazas, territorios que tradicionalmente se utilizaron para la protesta, merecen una protección especial. De algún modo, la sociedad ha escogido esos lugares como centros desde donde expresar sus críticas, y los jueces, en sus sentencias, han querido reconocer y resguardar esa opción social. Pese a todo, esta doctrina se ha desarrollado a la par de otra según la cual aun en dichos foros deben considerarse razonables las limitaciones de “tiempo, lugar y modo” que se proponen compatibilizar tales expresiones con los

derechos de las demás personas. Por ejemplo, si un grupo quiere protestar a las 3 de la mañana, o hacerlo frente a una escuela en horario de clases, el Estado puede decirle, con cierto derecho: "Mire, no hay problemas con que proteste pero, por favor, hágalo en otro horario, hágalo en otro lugar".

Ahora bien, dicho esto –que refleja un acuerdo bastante extendido en la comunidad jurídica internacional–, cabe aclarar algunas cosas. Ante todo, que de manera universal se acepta que estas limitaciones formales no deben afectar de ningún modo la sustancia de la expresión del caso. En ese sentido, debe mantenerse un cuidado especial para impedir que esas razonables limitaciones aparezcan como excusa, como un vehículo para poner límite a opiniones que resultan molestas.

Menciono aquí dos ejemplos propios de la jurisprudencia internacional y que sirven para dar noción de lo que pienso. En una ocasión, se dispuso en una ciudad que ningún partido político podía utilizar carteles pasacalles. Se argumentó que los automovilistas podían distraerse, se afearían las calles, etc. Lo que la justicia sostuvo al respecto fue que ese tipo de regulaciones, en apariencia neutrales, terminaban afectando en verdad a los partidos políticos con menos recursos, que apelan a esos medios en un intento por suplir su incapacidad para, digamos, comprar un espacio en la televisión privada o pagar un aviso en un diario.

Otro ejemplo: en una comunidad se dispuso prohibir las publicidades políticas arrojadas en los buzones. Se sostuvo entonces que era una regulación neutral, que alcanzaba a todos los partidos y no sólo a los de izquierda o los de derecha. Pero la justicia volvió a mantener su postura anterior. Es decir, una regulación en apariencia neutral, como la citada, terminaba afectando de modo muy especial a los grupos que carecen de dinero para comprar un espacio en algún medio de comunicación privado. Por eso, las regulaciones de tiempo, lugar y modo son entendibles y aceptables en principio, pero sólo mientras no se las utilice, como suele ocurrir, como excusas para suprimir cierto tipo de expresiones que desagradan al poder. Mi sugerencia sería tomar en cuenta muy especialmente este riesgo en contextos como el argentino, en que es tan habitual que las buenas razones sirvan para disimular y

canalizar las peores intenciones.

Pensando ahora, más específicamente, en las regulaciones sobre los "modos" de la protesta, quisiera hacer alusión a un argumento de uso muy común. El argumento es sencillo y de pretendida contundencia. Se nos dice en este caso: "Muy bien, vamos a ser –como usted pide– tolerantes al máximo. Tolerantes con el crítico, con el crítico al poder, con quienes hacen manifestaciones molestas. Pero en fin, lo que viene a continuación es el límite de la violencia. Y a menudo sucede que estas manifestaciones lleguen acompañadas por elementos coercitivos que chocan con los mínimos parámetros que uno merece exigir en estos casos". Ahora bien, aunque la idea de la violencia surge inequívoca en estos casos, no es mucho lo que ese reclamo puede aportar. Porque si yo estoy en una huelga y le tiro una piedra al patrón de la fábrica en la que trabajo, una cosa es que me detengan a mí y otra es que supriman la huelga. Y es que tenemos la capacidad –sobre todo si el que decide es un juez– de discriminar, de discernir. Esto es lo que los jueces han hecho, tradicionalmente, en los casos de huelga, por lo cual no se ve por qué no podrían hacerlo, también, frente a las protestas callejeras. Así, si durante un corte de ruta una persona se levanta y realiza un acto de violencia, su acto no tiene por qué ejercer efectos sobre los otros legítimos derechos que puedan estar allí presentes.

Entonces, por supuesto que la máxima tolerancia a la expresión del crítico no es un cheque en blanco para que el crítico haga cualquier cosa. Pero, a la vez, la actitud de tomarse en serio los actos de violencia no debe servir como cheque en blanco para, a partir de allí, establecer límites a otros derechos ejercidos con independencia de aquella manifestación violenta.

Otro punto que también parece importante destacar en estos casos es el referido a las múltiples respuestas posibles del Estado, cuando se ve ante un conflicto social plagado de acciones violentas. En situaciones tales, el Estado puede ofrecer soluciones concretas, tratar de acercar a las partes de una disputa, convertirse en mediador, proponer formas de conciliación y reparación. Y si el Estado quisiera ir más allá de esos remedios para reprochar algunas de las conductas aparecidas en el conflicto, podría optar, otra vez, por alguna de entre las muchas herramientas posibles con las que

cuenta para implementar un reproche. Podría, por ejemplo, fijar multas u otro tipo de sanciones económicas, disponer formas de trabajo comunitario, establecer formas de vigilancia domiciliaria sobre individuos “de riesgo” (como se puede hacer en el caso de un marido golpeador), visibilizar ciertas acciones para generar una condena colectiva ante ciertos actos y actores (como sucede cuando se crea un registro público de padres que no pagan las cuotas alimentarias). Es decir, el Estado tiene cantidad de caminos por recorrer antes de llegar a la sanción penal carcelaria, que es, en principio, la más brutal y grave de las respuestas que tiene a mano. Es por ello que el Estado debe utilizar esta respuesta sólo como último recurso, y luego de haber explorado las demás (múltiples) opciones que tiene a su alcance.

Lo que el Estado no puede hacer es responder golpe con golpe; debe hacer todo lo que pueda para evitar ese reproche penal carcelario, en especial cuando toma conciencia del significado del reproche penal en países como la Argentina, cuando reconoce cuál es la situación carcelaria nacional, cuando entiende lo que implica la cárcel como estigma, etc. Entonces, todos podemos estar de acuerdo en que hay ciertos desmanes (como el ya citado de la Legislatura) que merecen ser reprochados, pero debemos permanecer alertas frente al intento de algunos por mostrarnos que la única respuesta posible a esos desmanes es la penal y, más específicamente, las penas privativas de libertad.

Comunidad

En este punto, quisiera hacer una breve referencia a los tres comentarios anunciados en un comienzo. El primero, referido a la llamada “idea de comunidad”. Creo que en la actualidad estamos pensando mal el derecho penal, entre otras cosas porque lo pensamos desnudo, desprovisto de toda preocupación por la creación de comunidad. Esta falta, esta ausencia, se debe, entre otras razones, a un error muy extendido, que consiste en aplicar al derecho penal presupuestos muy problemáticos, propios del

pensamiento económico neoclásico. Según estos, la gente es básicamente calculadora, hace permanentes cálculos de costo-beneficio, se mueve por estímulos vinculados a la metáfora de "la zanahoria y el palo". Así, se nos dice, por ejemplo, que si en la actualidad se da un crecimiento en cierta actividad delictiva –digamos, los secuestros–, la respuesta estatal apropiada consiste en subir las penas para quienes los cometan. Lo que debe hacerse, en definitiva, es mostrarles a los potenciales delincuentes que los "costos" de su accionar han subido y que les "conviene" escoger otro curso de acción.

Esta visión, repito, viene infectando los modos de acercarnos al derecho, al penal en particular. Y creo que esta forma de pensar es muy equivocada, entre otras razones, por el señalado olvido de toda reflexión acerca de los modos de crear comunidad. Vayamos por partes: en primer lugar, creo que este modo de pensar resulta torpe porque –concediendo por ahora lo que no concedo, es decir, la naturaleza calculadora y egoísta de cada uno– una "maquinaria" como la descrita viene a reforzar aquello que representa la supuesta esencia del problema, o sea, la racionalidad de los cálculos de costo-beneficio, la faceta voraz y aprovechadora de cada uno. Dicha maquinaria, en efecto, se alimenta con el combustible del egoísmo, al que a su vez alimenta y contribuye a preservar como combustible social principal.

Para decirlo con un ejemplo, si tratamos de disuadir a personas fundamentalmente egoístas apelando a su egoísmo –digamos, subiendo los castigos si se comportan de tal o cual manera–, entonces terminamos alimentando una forma de pensar y actuar que es la que en definitiva origina la situación que –se nos decía– se quería evitar.

La perspectiva que presupone individuos "calculadores" es ingenua, además, porque hace gala de un "realismo" y una supuesta "crudeza" de los que carece. Se vanagloria, en efecto, de no presumir la existencia de seres angelicales, como supuestamente sí lo hacen las visiones alternativas que rechazan la suba de penas y proponen políticas criminales no represivas. Así, inflada de orgullo, viene a decirnos que hay que "bajar a tierra" y tomar conciencia de cómo son los seres humanos reales, de carne y hueso. Reclama tener

los pies en el barro y saber de qué va la vida, de qué se trata la historia de la humanidad: luchas fratricidas, violencia, espíritu de facción, enfrentamientos entre intereses crudos e irreductibles.

Sin embargo, y a pesar de esa vocinglería, visiones como la descrita encuentran cada vez menos apoyo en la literatura especializada, que parece acordar cada vez más con un análisis de mayor complejidad acerca de las motivaciones humanas. Ocurre, por un lado, que el hecho de que algunos individuos sean fundamentalmente calculadores y egoístas se equilibra con la existencia de otros de comportamiento más "kantiano". Pero por otro lado –y esto es lo más importante–, cuando se examina cuáles son las motivaciones habituales de las personas, se nota que tienen que ver, más bien, con pautas de "reciprocidad". Los individuos tienden a cooperar cuando los demás cooperan con ellos, y dejan de hacerlo cuando los otros hacen lo propio.

Conforme con estos nuevos estudios, entonces, no es cierto que los individuos, universalmente, tiendan a moverse con pautas no cooperativas. Por el contrario, las pautas de acción propias de la conducta humana son variables y dependen de lo que los individuos saben o esperan de los demás. Tenderán a ser aprovechadores en ámbitos en que los demás lo son, y tenderán a cooperar en situaciones en que los demás tienden a actuar en forma cooperativa. A las personas les interesa muy especialmente ver cómo las tratan por los otros. Y si una persona se siente maltratada de manera sistemática, seguramente se involucrará en actos de maltrato. Si el Estado quiere cambiar conductas, lo que tiene que hacer es empezar a tratar a los ciudadanos de otro modo. Si la forma en que responde es –como veíamos en parte de la jurisprudencia citada– devolviendo golpe por golpe, entonces el Estado está alentando la forma de respuesta que, según nos dice, quiere rechazar. Si no es capaz de reconocer a los otros como sujetos que forman parte de la misma comunidad, como sujetos que merecen una mano y no un golpe, entonces el Estado está contribuyendo con el camino de crear violencia.

Un Estado interesado en mirar el derecho penal desde otro lado –por ejemplo, a partir de su interés por construir comunidad– actuaría de modo diferente. Ante todo, mostraría preocupaciones

por la “forja” del carácter y la “educación moral” de los ciudadanos que no aparecen en la actualidad. La idea es trabajar para que aquellos que puedan sentir la tentación de cometer un delito reconozcan, por sí mismos, la importancia de abstenerse de tal tipo de conductas; y para que los que ya han cometido una falta lleguen a convencerse de la importancia de no volver a cometerla.

Llegar a un horizonte de este tipo implica dejar de lado la imagen del Estado pasivo en materia moral. Implica, para decirlo en términos más interesantes desde lo filosófico, dejar de lado el principio liberal de la neutralidad moral del Estado, que en cambio debe reafirmar la educación en la virtud y comprometerse en la transmisión de ciertos valores cívicos elementales. Al Estado debe interesarle el desarrollo de lazos fraternales entre sus miembros. Las personas deben sentir un impulso interno a colaborar con los demás –a actuar en favor del interés colectivo– tanto como deben sentirse inhibidas de llevar a cabo conductas delictivas.

Alguien podría sostener que esta forma de pensar es ingenua o demasiado idealista, pero creo que estas descalificaciones son completamente impropias. Aquí se habla de la importancia de crear instituciones socializadoras para que ocupen el lugar de otras, como las vigentes, torpemente orientadas hacia la coerción. La ingenuidad, creo, reside en pensar que el delito y los conflictos sociales van a extinguirse mediante respuestas institucionales de carácter coercitivo. La idea que aquí se sugiere busca promover los sentimientos de reciprocidad inherentes a cada uno a través de un esquema institucional y un orden penal que fomenten la integración social. Un Estado guiado por estas preocupaciones se orientaría a alentar las relaciones cara a cara y la confianza mutua, es decir, un tejido de normas y prácticas opuestas a las que hoy prevalecen.

En este sentido, podría argumentarse, el esquema de penas cada vez más altas, hoy prevaleciente, no sólo fracasa por estar fundado sobre una base motivacional errónea, sino que además resulta perjudicial en materia de integración social, al consagrar la “guerra” de un sector de la sociedad contra el resto (además de resultar irracional, al incentivar comportamientos más despiadados en aquellos que, con esas medidas, por ninguna razón tolerarán ser aprehendidos: cualquier cosa es preferible a caer preso en

condiciones tan salvajes como las que el derecho represivo establece). Nada puede resultar peor en términos de integración social que un derecho que es percibido como parte –y producto exclusivo– de sólo un sector de la sociedad. Nada puede resultar más contrario al ideal que aquí se defiende que el contar con un derecho que los individuos no pueden reconocer como propio. Mucho peor si –tal como tiende a ocurrir en la realidad, y a resultas de su origen en una fracción de la sociedad– el derecho comienza a aplicarse de modo parcial y arbitrario, con lo que crea una sociedad de dos niveles: la de quienes definen los contornos del derecho penal y la de quienes lo padecen en carne propia.

Desde este punto de vista, la prioridad jurídica de la comunidad debería ser que los individuos comiencen a reconocer que el derecho respeta sus puntos de vista, asigna a sus intereses un peso equivalente al que les asigna a los de los demás, crea organizaciones destinadas a alentar la vida en común y se muestra comprometido con la tarea de la inclusión social. La prioridad debería ser promover un derecho genuinamente originado en la comunidad, un derecho que no sea ni parezca el derecho de unos pocos. Se necesita crear normas que tiendan su mano para levantar a los caídos y sumar a los excluidos, normas que vengan a negar la marginación social existente en lugar de reproducirla. Hoy, en cambio, se evidencia un olvido de toda preocupación por la comunidad. Lo que se advierte es un erróneo intento de pensar el derecho penal desde categorías que tienen que ver con el pensamiento económico dominante y que, para peor, ya han fracasado, aun en esa área.

Democracia

Llegamos ahora al argumento sobre la democracia. Tal vez el más inaceptable y peligroso de todos los que han aparecido a la hora de tratar la cuestión de la protesta es, precisamente, el que se vincula a la idea de democracia. Su aparición no es casual: ocurre que contamos con el art. 22 de la Constitución argentina que sostiene que “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus

representantes", y que "Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete delito de sedición". Este artículo fue receptado por el Código Penal, que en su art. 230 destina penas de prisión, de uno a cuatro años, para "los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de este". El mismo artículo dispone idénticas penas para "los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales".

Estos son algunos de los asideros jurídicos que se han utilizado para castigar la actividad de los piqueteros. (Destaco estos artículos, entre varios otros, por su relevancia para pensar la cuestión de la democracia. Pero es importante recordar que el Código Penal establece penas para muchas de las conductas que usualmente aparecen asociadas con los cortes de ruta; entre otros, la afectación de los servicios públicos, la interrupción del tránsito, la amenaza a las autoridades, la desobediencia a los poderes públicos, etc.)

A partir de antecedentes como los aquí mencionados, algunos han intentado explicar y aun justificar el gravísimo contenido de fallos como "Schifrin", uno de los más importantes en la historia de la criminalización de la protesta en la Argentina. En ese caso, y apoyándose en normas jurídicas como las citadas, la Cámara Nacional de Casación Penal recordó, en primer lugar, que el art. 22 de la Constitución nacional establece que "la única forma legítima y verificable de la expresión soberana del pueblo es el sufragio". Y luego, retomando la opinión de un conocido constitucionalista argentino, Miguel Ángel Ekmekdjian, el tribunal afirmó que "por medio del sufragio el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política". Este artículo de la Constitución –seguía la cita– "rechaza la anarquía del populismo y el autoritarismo de izquierda y de derecha, así como cualquier intento de levantamiento del sistema constitucional y de las instituciones políticas". Y –prestemos atención a lo que sigue– la cita concluía diciendo: "Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular distinto del sufragio tales como las reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos, encuestas, huelgas, lock-outs, u otros medios de acción directa, vayan o no acompañadas por las armas,

no reflejan realmente la opinión mayoritaria del pueblo sino a lo sumo la de un grupo sedicioso". Así, según el fallo, el art. 22 de la Constitución sostiene que, como estamos viviendo en una democracia representativa, todo lo que excede al sufragio periódico debe considerarse una forma de sedición: por ejemplo, una manifestación en una plaza o la consulta a la ciudadanía mediante una encuesta. Esto nos habla de la concepción de la democracia que sostenían los jueces del caso, es decir, una concepción reaccionaria de la democracia.

Esta visión sostenida por nuestros jueces es –quisiera enfatizarlo– vergonzosa desde cualquier interpretación que se quiera hacer de la Constitución. La Cámara lee un artículo de la Constitución –previsto, a mediados del siglo XIX, para evitar el desmembramiento del país– como un llamado contra la participación popular. Y decide condenar como sediciosos a grupos que invocan la idea de "pueblo", cuando podría haber dicho exactamente lo contrario: que en ese tipo de invocaciones los manifestantes hacen un valioso intento por universalizar sus intereses, por mostrar que piden por algo que le interesa a una amplia mayoría de sus compatriotas. Más aún, la Cámara pide castigo contra quienes sin tener nada –y con el riesgo, como aquí se ve, de perder su libertad– salen a la calle a protestar, en vez de percibir algo que no se repite en todos los casos de protestas con cortes de ruta, pero que aquí resultaba claro: un gesto valiente, meritorio, aun heroico, de movilizarse contra viento y marea, y desde una posición de absoluta vulnerabilidad política y social, para reclamar por derechos que la Constitución les garantiza.

Contra las desmesuras sugeridas por la Cámara, la Constitución se encuentra comprometida con formas mucho más exigentes de democracia: entre otras muchas razones, porque su texto explícitamente define la adopción de mecanismos de acción popular directa, como la iniciativa y las consultas populares. Más todavía, la nueva Constitución alude a las acciones colectivas, habla de los derechos del consumidor y del usuario, establece mecanismos de discriminación inversa destinados a dar más poder a las minorías desaventajadas, fija protecciones especiales para los aborígenes y para las mujeres. Es decir, se compromete claramente con el punto de vista de los que están peor, a la vez que abraza una idea de democracia abierta, flexible, participativa, dinámica y audaz, que

no tiene nada que ver con el triste garabato ofrecido por la Cámara en su lectura. Pero además, incluso si la Constitución no hubiera sido reformada, incluso si la reforma de 1994 –con toda su impronta participativa e igualitaria– no hubiera existido, todavía podríamos seguir diciendo que nuestro texto principal está asociado con una concepción de la democracia mucho más interesante y robusta que la propuesta en el fallo "Schifrin". Se puede interpretar que incluso la Constitución vieja suscribía una concepción más o menos atractiva de la democracia, lo que se advierte cuando observamos de qué modo ya se acercaba a los derechos de asamblea o consagraba el derecho de peticionar a las autoridades; cuando vemos la idea de igualdad que promovía; o cuando tomamos nota de la notable defensa que hacía de los mecanismos internos de democracia de las empresas.

Por otra parte, si uno explora los principales argumentos de los fallos más relevantes dictados por la Corte en los últimos años, puede reconocer el compromiso del tribunal superior con una idea de democracia diferente, mucho más fuerte que la sugerida por la Cámara. Para no ir demasiado lejos, toda la recepción que la Corte ha hecho de fallos como "New York Times Company" nos habla de eso, es decir, de su aceptación de un principio favorable al debate robusto y desinhibido. La pregunta es cómo se condice ese tipo de principios con barbaridades como las sugeridas por la Cámara. Y digo esto para no evaluar el caso desde, digamos, casi cualquier concepción dentro de las existentes teorías de la justicia. Entonces, miraríamos con perplejidad un fallo como "Schifrin", que nos resultaría simplemente ininteligible. Es que pensar la democracia de este modo implica poner cabeza abajo todo lo que decíamos antes acerca de la necesidad de salir a proteger al crítico del poder, sobre todo al crítico que cuenta con pocas alternativas expresivas, en razón de acciones y omisiones de las que es responsable el gobierno. Menciono esto, también, para no examinar el fallo desde casi cualquiera de las visiones de la democracia predominantes dentro de la teoría constitucional contemporánea. Porque aun si nos apoyáramos en las visiones más estrechas de la democracia que circulan dentro de la teoría constitucional actual –y pienso aquí en lo que se suele llamar una teoría "pluralista" de la democracia– lo dicho por la Cámara todavía resultaría alarmante.

En efecto, las visiones “pluralistas” de la democracia defienden la existencia de gobiernos estrictamente representativos, con baja participación popular, con un peso importante puesto en las acciones de los grupos de interés más tradicionales. Pero ni siquiera desde ese tipo de entendimiento tan estrecho de la democracia se llegarían a decir cosas como las sostenidas por la Cámara. Más bien, todo lo contrario. John Ely, un importantísimo constitucionalista, símbolo de la visión “pluralista” dentro de la teoría constitucional moderna, considera que la principal tarea de los jueces debe ser exactamente la opuesta a la que “Schifrin” sugiere. Para él, los jueces deberían, ante todo, dedicarse a dos tareas esenciales: proteger las voces de los grupos más desaventajados y aislados (lo que llama “discrete and insular minorities”), y “mantener abiertos los canales del cambio político”, lo que significa dejar siempre abierta la posibilidad de la crítica al poder. Es decir, aun desde las visiones más modestas, menos exigentes, más tímidas sobre la democracia, lo que se aconseja es hacer lo opuesto a lo que los jueces de la Cámara han aconsejado.

Cierro esta sección con un pequeño apéndice. Aprovechándose de nuestra invocación de principios democráticos, alguien podría intentar revertir el tipo de propuestas aquí defendidas, para sostener lo siguiente: “Muy bien, si a usted le interesa tanto la democracia, entonces tiene que darse cuenta, de una vez por todas, de que la gente ya no respalda, como respaldó en algún momento, a los piqueteros. Hoy en día la gran mayoría de la gente, democráticamente, rechaza a los piqueteros, no los quiere ver más. Eso es lo que pide la democracia”. Me parece que expresiones de esta postura –que aquí he caricaturizado un poco– se oyen muy a menudo en estos días. Pero ella enfrenta gravísimos problemas. En principio, debemos ser un poco más cuidadosos antes de invocar, tan a la ligera y a partir de observaciones siempre casuales, qué es lo que “la gente” quiere o no quiere. En segundo lugar, del hecho de que la mayoría de “la gente” se sienta molesta con los piquetes no resulta obvio qué es lo que esa “gente” quiere para enfrentar el problema en juego. En tercer lugar, aunque “la gente” quisiera –como no quiere– reprimir en forma indiscriminada a los piqueteros, de allí no se seguiría que el Estado, y mucho menos la justicia,

debería salir a reprimir a esos grupos (como no se sigue un deber de establecer la pena de muerte a partir del doloroso reclamo de las víctimas de cierto delito; ni se sigue un deber de perseguir a los inmigrantes a partir del ocasional embate de una oleada xenófoba). Más bien lo contrario: por razones como las examinadas hasta aquí, uno podría decir que, justamente, cuanto más impopular es un grupo, más razones hay para que el Poder Judicial sea más (¡y no menos!) protector de los derechos de tal grupo. Para eso está el Poder Judicial: no para convertirse en el brazo jurídico armado del poder político, sino para vigilar y marcar límites estrictos a ese poder cada vez que este quiera usar en contra de los derechos de algunos el respaldo popular con el que cuenta. Y es importante marcar esto porque muchos jueces tratan de justificar su actitud personal hostil hacia los grupos piqueteros invocando –de modo patético, diría– un argumento de pretendida raíz democrática ("Es que la gente ya no los apoya"). Una vez más, los jueces actúan del modo exactamente contrario al que su función y el texto constitucional les exigen.

En definitiva, y para retomar el caso "Schifrin", fallos como este, cruciales para entender la jurisprudencia argentina en materia de cortes de ruta, se sostienen a partir de una noción completamente inaceptable de la democracia. Dicha concepción es incompatible con el texto nuevo de la Constitución, irrespetuosa también del texto anterior, contradictoria con los principales dichos de nuestros tribunales y simplemente inaceptable desde casi cualquier teoría de la justicia y de la democracia que podamos invocar.

Derechos

Llegamos entonces al último tema que quería tratar, referido a los derechos. Creo que a la hora de hacer foco sobre conflictos como el de los cortes de ruta, nuestra mirada resultaría equivocada si se concentrara sólo en el detalle de un piquete u otro estallido social particular. Quiero decir, no sería la apropiada si no fuéramos capaces de alejarnos un poco para observar el cuadro completo de

lo que allí ocurre. Porque si lo que está en juego es una violación sistemática y consistente en el tiempo de derechos fundamentales, entonces la discusión tiene que pasar a otro terreno; no puede quedar limitada al debate sobre si sancionamos o no a estos sujetos, cuánto los sancionamos o cuánto los toleramos. Aceptar esta mirada implica aceptar el discurso de quienes nos ofrecen una idea represiva de la democracia. Si lo que está en juego son agravios sistemáticos a derechos fundamentales, la discusión tiene que pasar a otro plano, vinculado a qué es lo que vamos a hacer para honrar los exigentes compromisos sociales de la Constitución que hoy estamos incumpliendo. La discusión debe girar en torno de cómo poner fin a la existente violación de derechos básicos, en torno de cómo se explica que no estemos asegurando a todos los derechos que les hemos prometido constitucionalmente.

Ocurre, en efecto, que la Constitución que tenemos es muy demandante, muy exigente. Pensemos, por ejemplo, en las notables exigencias que establece en materia de derechos sociales. Establece, entre muchos otros, el derecho a condiciones dignas y equitativas de labor; a tener descanso y vacaciones pagadas; a la participación en las ganancias de las empresas así como al control en la producción y a la colaboración en su dirección; al acceso a una vivienda digna; a una protección integral de la familia. Por supuesto, alguien podría decir: “Lo que pasa es que con la Constitución hemos prometido demasiado, nos hemos comprometido a cosas que nunca ninguna sociedad podrá llegar a satisfacer”. En mi opinión, este reclamo no es cierto, pero si todos estuviéramos de acuerdo con una queja semejante, podríamos cambiar la Constitución, o arrojarla por la ventana, para pasar a jugar otro juego. Pero mientras no lo hagamos, tenemos que hacernos cargo de la Constitución que tenemos y no esconder bajo la alfombra la parte que no nos gusta.

Es evidente que para mí el reclamo por estos derechos básicos sería válido incluso si ellos no estuvieran reconocidos explícitamente en el texto de nuestra Constitución. La de los Estados Unidos, por ejemplo, ni habla de derechos sociales (pero no hay que olvidar que tampoco menciona, por ejemplo, el derecho a la privacidad, y sin embargo los jueces han declarado “encontrar” ese derecho en los intersticios de muchos otros: resulta claro que podrían haber dicho

exactamente lo mismo, si hubieran querido, sobre los derechos de bienestar). En definitiva, opino que aunque esa Constitución no hable de derechos sociales, uno podría seguir invocándola para reclamar por los citados derechos de bienestar. De todos modos, y por suerte, en la Argentina no hay que dar ese debate, porque nuestra Constitución incorpora con enorme generosidad los derechos sociales en su texto. O sea que por suerte podemos ahorrarnos esa discusión. Pero entonces debemos hacernos cargo de esas promesas constitucionales e inculpar al Estado cuando se mantiene inactivo al respecto, violando, por omisión, los derechos que está constitucionalmente obligado a asegurar.

Al respecto, convendría señalar una cuestión más. En nuestro país acabamos de tener una oportunidad crucial para "vaciar" a la Constitución de su contenido social. Esta oportunidad apareció en 1994, el año de la última reforma. Curiosamente, sin embargo, en dicha ocasión preferimos (en sintonía con lo que hizo una mayoría de latinoamericanos, en sus respectivos países, durante la misma época) no eliminar o restringir sino por el contrario expandir de manera extraordinaria los compromisos constitucionales existentes en materia social. Así, la respuesta pública frente al problema de (lo que algunos llamarían) la "grandilocuencia" de la Constitución en materia social ha sido reafirmar y profundizar ese tipo de promesas. Entonces, más que nunca, tenemos que hacernos cargo en la práctica de lo que hemos prometido y ratificado. Sin embargo, por lo que sabemos, el poder político hace poco y nada en la materia, incluso si por otro lado sobreactúa la situación de recuperación económica que se vive en la Argentina (volveré sobre este punto enseguida). Y el Poder Judicial, por su parte, ha tomado el peor de los caminos posibles en este terreno (aunque es dable esperar que dicha tendencia comience a variar, como tímidamente ya ha comenzado a suceder en los últimos años).

En efecto, tradicionalmente el Poder Judicial se ha acercado a aquella fabulosa lista de derechos sociales del peor modo posible, es decir, cerrando los ojos frente a ellos. Por medio de algunas cabriolas teóricas simplemente insostenibles, los magistrados han dicho que en verdad los derechos sociales son especiales, que no pueden ser leídos como el resto de la Constitución. En particular, han señalado que la lista de derechos exige que distingamos entre al

menos dos tipos: los “operativos”, entre los cuales se encontrarían el de la libertad de expresión o la libertad de cultos (los llamados derechos civiles y políticos); y los “programáticos”, que constituirían promesas o manifiestos de buenas intenciones, pero que ellos no tendrían la obligación de poner en práctica.

Es importante prestar atención al significado de lo dicho. Esto quiere decir que si yo voy ante un juez y le digo que me están censurando, él inmediatamente va a salir en mi ayuda; pero si le digo que el Estado está violentando otro derecho, situado sólo unas pocas líneas más abajo, relacionado, por ejemplo, con mi derecho a la vivienda, él puede responderme: “Ah, pero yo con eso no tengo nada que ver. Vaya y pídales ayuda a los políticos, no a mí. Yo no puedo interferir con el presupuesto. No puedo dar órdenes que impliquen semejantes erogaciones económicas al Estado”.

Para resumir una discusión larguísima, sólo agregaré que, a pesar de los muchos esfuerzos que se han hecho para demostrar que la distinción propuesta (entre los derechos civiles y políticos y, por otro lado, los sociales) tiene sentido, cada día queda más claro que no hay buenos argumentos para afirmar esa separación. Como dijeron Cass Sunstein y Stephen Holmes, “todos los derechos son caros”, aun los más elementales derechos civiles y políticos, lo cual debiera ser obvio para todos. Así, y para pensar a partir de algún ejemplo, podemos decir que el derecho político más elemental, el derecho al voto, es carísimo. Cada elección cuesta millones de pesos y ningún juez dudaría en obligar a que se celebre una elección si, pongamos por caso, algún gobernador de provincia se negara a convocar a los comicios cuando corresponde hacerlo. Del mismo modo, el derecho a tener un traductor, a tener un juicio justo (recurriendo a peritos y expertos), a tener una rampa de modo que los discapacitados accedan a los tribunales, son todos derechos civiles que ningún juez dejaría de reconocer y proteger y que, sin embargo, implican erogaciones económicas (a veces mayores, a veces menores que las que implica reconocer un derecho social). Simplificando otra vez una discusión muy larga: no hay una buena manera de respaldar la operación que los jueces suelen desarrollar frente a los derechos sociales, es decir, la de distinguir de modo tajante entre ellos y los derechos civiles y políticos, para tratar luego a los sociales como de segunda categoría, de menor

importancia, o como derechos-promesa, en razón de los supuestos costos económicos que ellos –con exclusividad– conllevarían.

Derechos y privilegios

Termino entonces con una reflexión actual, que creo relevante, muy vinculada a la cuestión examinada en la sección anterior. Hoy por hoy, el único tipo de respuesta que está dando el Estado a los gravísimos problemas sociales existentes es el otorgamiento de planes sociales. Cuando esa es la respuesta, uno puede decir que el gobierno creó a los piqueteros, creó la protesta, alimenta la protesta, y sigue aceptando que esas protestas se den en el futuro, quizá porque le conviene. ¿Todo esto por qué? Por una razón tan sencilla como importante: el gobierno está confundiendo, indebidamente, derechos con privilegios. Un privilegio es una ventaja que el gobierno otorga, de acuerdo con el marco de sus posibilidades. Por ejemplo, cuando una provincia solicita que se le otorguen ventajas impositivas, está demandando un privilegio que el gobierno satisfará, en todo caso, conforme con los recursos que tenga, los reclamos de peso similar que provengan de otras provincias, el tiempo político, etc. Esa decisión tendrá mucho de discrecional, lo cual, en principio, puede ser comprensible. El gobierno, entonces, concederá el privilegio del caso según la evaluación que haga de la situación concreta, y de acuerdo con su voluntad y posibilidades materiales. Pero un derecho es algo diferente. Si yo tengo un derecho, el gobierno no puede retirarse a pensar si me lo "concede" o no. El derecho me corresponde de modo incondicional, y el gobierno debe asegurármelo sin dilaciones y sin discrecionalidad alguna. No puede garantizar los derechos de algunos y los de otros no, conforme a su voluntad o a las evaluaciones políticas que haga al respecto. En un punto (en un punto importante) la política debe subordinarse a la protección de ciertos derechos básicos. El gobierno, de modo no ingenuo, confunde derechos con privilegios y trata las demandas de algunos en defensa de sus derechos elementales como si fueran demandas por privilegios.

Esto es exactamente lo que ocurre en el caso de los reclamos de algunos grupos piqueteros. Los grupos en los que estoy pensando no reclaman por ventajas impositivas que les permitan acceder a yates y autos lujosos, ni tampoco por la concesión de televisión por cable o computadoras de última generación. Esos serían reclamos por privilegios. Los grupos en cuestión reclaman por elementos básicos, indispensables para su subsistencia. ¿Cuál es, entonces, la respuesta del gobierno? El gobierno concede planes, concede subsidios, y lo hace de un modo ferozmente discrecional. Algunos grupos reciben muchos subsidios, otros reciben muy pocos o ninguno. Y las razones por las que algunos reciben más y otros menos resultan, en la mayoría de los casos, discrecionales.

A veces, ciertos grupos obtienen ventajas a partir de su grado de aproximación al fuego del gobierno. En estos casos, los subsidios se distribuyen como premios a la obsecuencia política. En otros casos, los grupos ganan subsidios a partir de la radicalidad de los medios que utilizan para sus reclamos. En estas circunstancias, los subsidios vienen a "comprar" paz social. Ambas razones resultan completamente inválidas y, de modo nada sorprendente, desatan una dinámica como la que hoy reconocemos. Lo usual es que algunos grupos comiencen a competir entre ellos para determinar cuál es el más extremista. Resulta claro: si el principio que instala el gobierno es "Cuanto más moleste, más le presto atención", entonces se desata una carrera por ver cuál de todos los grupos hace más ruido.

Más tarde, el gobierno no puede decir que lamenta esa situación, que le parece mal, que desearía que eso no ocurriera, que está haciendo todo lo posible por recuperar la armonía del conjunto. De ningún modo. Todos esos dichos son inaceptables. El que crea y alimenta esa dinámica de protestas es el gobierno, cuando trata los reclamos por derechos como si fueran reclamos por privilegios. En efecto, si el Estado –de manera genuina– rechazara tales resultados, no podría renunciar al otorgamiento de subsidios de carácter universal, para entregar a cambio planes sociales del modo discrecional en que lo hace. Si el Estado quiere evitar el estallido permanente de conflictos, debe apostar por soluciones no discrecionales sino universales. La respuesta discrecional actual es la que llama, la que invita, la que cultiva, la que genera la protesta

atomizada que hoy tenemos.

▪

* En el fallo de la Corte Suprema a propósito del caso “Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia”, del 22 de noviembre de 1991, Petracchi defendió con profundidad argumentativa los derechos de las minorías. Confirmada por mayoría la sentencia denegatoria, la disidencia de Petracchi adquiere carácter fundamental, de notable lucidez. Véase el detalle del fallo en n. 7 de p. 159. [N. de E.]

Discusión

ALICIA AZUBEL: La verdad es que el tema y los problemas que planteás son interesantes, no sólo porque te detenés en cuestiones que calificás de graves y actuales sino también porque es una reflexión crítica que llama a la necesidad de una toma de posición frente a esa actualidad. Y, al mismo tiempo, es un acto de responsabilidad de índole política al indicar que en eso que está allí a la vista se dirimen cuestiones de fondo de nuestra sociedad y de la acción de los jueces.

Si bien por momentos en esa suerte de exhortación a los jueces para tomar con mayor gravedad los elementos y fundamentos de sus dictámenes se desliza una justificada ilusión de que cierta conflictividad sería dominable, el planteo no elude la cuestión de la conflictividad social, irreductible. Así, surge la responsabilidad de los jueces en su función. En ese sentido, me parece importante lo que afirmás en relación con el reproche penal. No soy abogada, pero supongo que si hacés ese cuestionamiento es porque hay otro tipo de sanciones posibles: creo entender que estarías señalando que en el extremo del reproche penal habría cierta negación del reconocimiento de derechos a los demás –que, por otra parte, serían los más débiles dentro de la sociedad– como consecuencia de rechazar la consideración de particularidades dadas por el contexto de la protesta y por cuestiones de actualidad más general.

Hace poco, en un fuero jurídico, escuché a Bernhard Schlink hablar sobre problemas afines a los que vos tratás; desde su punto de vista, habría un solo derecho intangible o inalienable. Varios derechos pueden ser, dijo, transitoriamente restringidos, incluso el de la libertad de expresión. Creo que no lo remitía al problema de la democracia, sino a un universal, digamos, de la dignidad humana: colocar al otro en posición de objeto y, así, hacerlo víctima de esta posición. Por ejemplo, Schlink se preguntaba si, en relación con el terrorismo, era posible decidir bajar un avión y matar a trescientas

personas con el argumento de que se podrían salvar cincuenta mil vidas. Su respuesta es que eso supone afectar el único derecho inviolable vinculado con colocar al otro en posición de objeto no consensuado. Allí, en lo que él llama “las fronteras del orden jurídico”, articula ley/decisión/responsabilidad.

Lo planteo porque me parece que en tu argumentación no está desarrollada una cuestión relacionada con la responsabilidad: la responsabilidad del Estado, la del Poder Judicial, pero sin duda la de los ciudadanos también, porque ahí se establece algún tipo de dinámica entre la prohibición y la transgresión. Un juez puede estar por completo de acuerdo con el corte de rutas o no, lo cual no tiene demasiada importancia. Pero él tiene una responsabilidad en referencia a ciertas leyes o convenciones, independientemente de su impresión personal. Sin embargo, puede forzar la interpretación de una norma por un acto de responsabilidad asumida como juez y también como sujeto que explora las particularidades de la protesta y su eventual legitimidad. Y lo mismo pasa con los ciudadanos. Me parece que un grupo de ciudadanos puede cortar las rutas, sabiendo que tiene derecho a transgredir, sobre la base de su propia responsabilidad; esa trasgresión puede tener un valor subjetivo o social, pero que no armoniza con el marco jurídico.

ROBERTO GARGARELLA: Trataré de contestar de modo breve. Según entiendo, sería equivocado pensar que el juez es quien tiene que resolver lo que no resuelve el poder político. La cuestión es que importa también, e importa mucho, cómo responde el juez, y lo que me interesaba en la investigación que hice es ver cuáles eran las respuestas habituales que se estaban dando desde la justicia. Lo que encontré es un mar de decisiones muy pobres en su argumentación. Entonces, en cuanto a la responsabilidad que tienen que asumir, puede decirse que los jueces están actuando de modo indebido, ya que muchas de sus respuestas se distinguen por ser brutales y dogmáticas. Y digo esto no porque esté en desacuerdo con el fondo de esas respuestas –aunque suelo estarlo–, sino porque los jueces no pueden poner en sus sentencias simplemente lo que les gusta, y hacerlo como si estuvieran hablando desde el punto de vista objetivo del derecho. Para decirme por qué está decidiendo de ese

modo, el juez o la jueza –pero normalmente el juez– tiene que desplegar un ejercicio argumentativo mucho más cuidadoso y serio. Eso no sucede, y en ese sentido el juez viola su responsabilidad. Tiene que hacer un esfuerzo que no está haciendo, porque hoy por hoy resulta demasiado sencillo mostrarle que sus dichos habituales contradicen directamente lo que pide cualquier interpretación sensata del derecho.

En cuanto a la idea de dignidad humana, sin duda esta es importantísima –así como la idea de bien común–, pero yo la tomaría con un poco de cuidado si no se aclara bien qué se quiere decir con "dignidad humana". Si una persona me dijo que la dignidad humana es importante, eso no implica que yo acepte cualquier idea al respecto; es que hay demasiadas interpretaciones posibles de ese concepto. El punto es, otra vez, que al invocar la idea de dignidad humana o de respeto no terminamos la discusión, sino que ahí la empezamos.

ISIDORO CHERESKY: Bueno, el riesgo de intervenir sobre este tema después de la presentación que hiciste es caer en las posiciones "políticamente incorrectas" en las que en un tema como este se puede incurrir, y así optar por el "sentido común" convencional o aun reaccionario que vos mencionaste. Este incluye, por lo que veo, a buena parte de la jurisprudencia. Más allá de eso, quiero decirte primero que lo que planteás me parece de un gran interés, no sólo teórico sino práctico. Mi mayor punto de coincidencia es que no puede concebirse una sociedad democrática sólo como un dispositivo institucional, como si la sociedad fuera una organización. Creo que la idea que sostenés, la de una sociedad abierta, con una primacía de las libertades, una primacía de la vida cívica por sobre las concepciones institucionalistas, va contra el sentido común. Y adhiero a que esa idea, muy arraigada, es timorata sobre el orden público y sobre la vida pública. No porque esté en contra de las instituciones, sino porque considero que no pueden ser concebidas como cajas que ya prevén los contenidos y los desenvolvimientos que suceden en su interior.

Por eso, me parece muy interesante sostener que, cada vez que hay una protesta en la vía pública, hay un desafío al entendimiento

colectivo y no hay una orden legal que ya nos dé la respuesta automática; tampoco unos señores que ejecutan, valiéndose de las fuerzas de seguridad, y nos dan seguridad ante el riesgo del desborde. En ese sentido, la "buena vida" sería esa especie de orden mortal que resulta del institucionalismo así concebido. Estoy muy de acuerdo con esa crítica implícita al institucionalismo estrecho, pero anticipo todo esto para decirte que me parece que hay una serie de problemas en lo que planteás.

Creo que la vida pública, el espacio público, presenta problemas políticos y jurídicos y uno los puede distinguir. Presenta problemas políticos en cuanto a la concepción. En cuanto a lo que decís sobre los derechos –y algo comentamos antes de empezar la reunión–, creo que podría entenderse como una concepción hiperindividualista según la cual la vida pública es resultado de un movimiento espontáneo de los diferentes actores individuales y colectivos. Y básicamente no habría mucho más que decir. Ese orden público podría enunciarse como un orden de derechos que parece presuponer –y no te lo imputo a vos– que la "buena sociedad" es el resultado espontáneo de ese movimiento de la sociedad misma y que es impertinente plantearse el problema del régimen político, es decir, del Estado y de los garantes de la vida pública. Si ese fuera tu planteo, habría un problema… Considero que en cualquier concepción de las que están en boga sobre el espacio público, desde Habermas hasta Arendt u otras, hay una idea que le atribuye entidad propia sosteniendo que lo que en él se produce no es reductible a elementos o intereses preexistentes, pensados como determinaciones sociales o bien como provenientes de individuos definidos antes del vínculo público.

Esto llevaría a reconocer en la realidad de los reclamos o las demandas colectivas diversas un resultado de la interacción pública, concebida como espacio donde los individuos son enunciadores de derechos y no están simplemente protegidos por ellos: esa "actividad de enunciación" tiene primacía o, digamos, es la base del ordenamiento legal, no al revés. Pero eso plantea una serie de problemas a los que creo que te sustraés: pueden aparecer en el espacio público fuerzas orientadas a inhibir el ejercicio de los derechos y no por obra del Estado.

Esas fuerzas tienden a establecer lo que Habermas llama “relaciones de masificación contra la acción comunicativa” o, para hablar claro y pronto, las acciones orientadas a hacer valer en primer lugar las relaciones de fuerza. Así, el problema de la violencia en el espacio público existe y uno no puede ignorarlo o subestimarlo. En un país con tradiciones represivas y autoritarias, tenés toda la razón al justificar el ejercicio de las libertades públicas y alertar sobre las restricciones legales, especialmente ante los grupos que tienen más obstáculos para expresarse en la esfera pública. Pero, como suele suceder, el espacio público también puede ser objeto de acciones inspiradas en una concepción de relación de fuerza, lo que supone empujar a ciertas soluciones. Hay cierto tipo de “escrache” –lo voy a decir con todas las palabras–, o de corte de ruta o bloqueos, en que el problema que se plantea es que no se alimenta un debate público, una deliberación que para mí sería el principio inherente al espacio público. La regla de oro allí sería la capacidad de cualquier grupo de ganar argumentativa o persuasivamente, sin que pueda imponerse por su mera capacidad de crear un gran problema de orden público, en la circulación o en la provisión de bienes básicos.

Tenemos las famosas huelgas corporativas… Te daría el ejemplo del Garrahan –que conozco poco pero menciono para provocar el debate– así como el de otros sectores que hacen uso de una situación específica de control de ciertos recursos. Así, procuran logros que no son resultado de la persuasión sobre la justeza de los reclamos o de un convencimiento de la sociedad, tampoco se orientan hacia la incorporación de una minoría excluida, sino que es algo que se plantea en términos de puras relaciones de fuerza.

Creo que hay que encarar esos problemas que en verdad amenazan el espacio público. No expongo esto para darte una respuesta sino para decirte que, desde cierta concepción del espacio público, planteada en términos clásicos, podría pensarse que vivimos en una suerte de “estado de naturaleza”, una situación prepolítica. Por eso me pregunto: ¿no tenemos nada que decir sobre los límites o la regulación a la acción pública o sobre la responsabilidad de las autoridades? Ese es el problema principal que quería plantear. Es decir, cómo podemos sostener una concepción en que el espacio público y los derechos no se conciban –me parece que es el modo en que vos lo hacés– como derechos ya definidos que deben

satisfacerse de alguna manera, que minorías o individuos ya saben cuáles son y simplemente luchan por ellos. Y que, digamos, habría una injusticia latente que sería el motor de la vida pública. Participo de tu argumento antimayoritarista, implícito en esa idea que citaste: que uno no puede dar la respuesta del voto popular para acallar reclamos de tal o cual grupo; pero eso no nos inhibe de decir algo sobre las condiciones de la convivencia pública. Acuerdo también con vos en que la vida política democrática se sustenta en el conflicto; el problema es cómo se constituye y si el ámbito público en una concepción republicana no es algo más que sólo el terreno que disputan individuos y actores colectivos.

ROBERTO GARGARELLA: Bueno, hay también demasiadas cosas, así que tomaré sólo algunas. Primero, sobre el tema del individualismo, yo distinguiría, por un lado, la idea del individualismo como egoísmo y la asociada con la noción de "espontaneísmo". Ninguna de ellas me resulta atractiva. La única idea de individualismo que me interesa es la que dice que cada persona vale, y vale por separado; y que nada se puede hacer que afecte los derechos fundamentales de una sola persona, aunque eso beneficie a las demás. El resto ni lo entiendo ni me interesa; y no lo digo por tu presentación, sino porque no entiendo la idea del espontaneísmo ni me identifico con la del individualismo como egoísmo.

En cuanto a que hay un montón de grupos que no entran en la puja por ganar argumentativamente, de acuerdo. Tengo muy presente siempre el caso de Mosconi. No sé si estaban queriendo entrar en el debate público; lo que estaban queriendo era agarrar de las solapas al gobernador, sacudirlo y decirle: "Escúchenos, tenemos un derecho, nos lo reconocieron en todos lados, ¿por qué no lo cumple?". Frente a este tipo de situaciones, todos, pero muy en particular los que manejan o hacen uso de la coerción estatal, tienen que entrar en este ejercicio reflexivo para pensar qué está pasando. Porque no todas las protestas pesan ni merecen pesar igual, no todos los grupos tienen la misma posibilidad de hacerse escuchar, no todos merecen la misma protección a la hora de hacer reclamos.

Por supuesto, hay grupos que no quieren, al menos en forma explícita, entrar en el debate público sino, digamos, sacudir al intendente. Pero en tales casos nuestras reacciones deberán ser diferentes según los detalles particulares. Si, como en la situación citada, nos encontramos con grupos que recurren a medios no ortodoxos como un corte de ruta ante la existencia de derechos básicos agraviados, creo que tiene sentido reconstruir sus acciones como una forma desesperada por ingresar al debate público y ser escuchados y atendidos en sus demandas. Entiendo, aparecen también situaciones como la del Garrahan (es decir, el caso del personal de un hospital –personal de clase media, bien educada– que inicia una huelga radicalizada). Sin embargo no estaba pensando en escenarios de ese tipo, ya que mi interés se centraba en la situación de grupos que son objeto de violaciones sistemáticas de sus derechos fundamentales. No es que los demás grupos no tengan el derecho de reclamar. Simplemente, el nivel de protección que merecen los distintos grupos depende de muchas cosas; entre ellas, el tipo de derechos conculcados y el modo en que se les conculcan tales derechos. En este sentido soy historicista y no atomista. Quiero decir, este tipo de evaluaciones depende en definitiva de la historia, de las prácticas, de lo que ha pasado, de las razones por las cuales se les quitó esto, se les dio lo otro.

No me da lo mismo el reclamo del Garrahan que el de Mosconi. Por eso, todos tenemos que hacer un esfuerzo de discernimiento muy especial, y sobre todo tiene que hacerlo el que dispone del poder coercitivo estatal y puede decir: “Usted va preso, usted queda libre”. A esa persona en particular hay que exigirle el máximo cuidado argumentativo, sobre todo cuando vemos que es tan habitual que responda golpe por golpe.

CLAUDIA HILB: Me pareció sumamente interesante la exposición; además, para quienes nos sentimos en muchas cosas afines a las temáticas liberales pero no somos liberales deontológicos, escuchar a Roberto Gargarella es siempre escuchar la mejor expresión argentina de lo que es un liberal en serio en estos temas. Lo digo con admiración y con respeto. Ahora, lo que me sucede, Roberto, es que coincido con casi todas las conclusiones jurídico-políticas que

sacás, pero no coincido con las razones que te llevan a esas conclusiones. En primer lugar, intuyo, porque no coincido con un planteo que es, en efecto, de origen, de cuño fuertemente liberal: el de ciudadanos versus Estado. Tenemos por un lado ciudadanos con derechos y por el otro, un Estado que limita esos derechos.

Hay una frase que dijiste, algo así como "Ya cedimos la violencia y ya cedimos el poder de ejercer nuestros derechos; bueno, pará, hasta acá llegamos". Por mi parte, no empiezo por ese lado. Diría que, para mí, el hecho de que tengamos derechos no es un dato primero, sino la expresión de cierta idea de convivencia social en la que estamos inmersos, y que respetamos y defendemos a rajatabla porque es precisamente la nuestra. Y no, entonces, por considerar que primero tuvimos derechos y después elegimos cederlos. Esa diferencia ya tal vez me haga llegar a las mismas conclusiones de manera completamente distinta.

En ese punto, y coincidiendo en parte con lo que dice Isidoro, esa manera en que nosotros decidimos expresar una idea de convivencia podría definirse, en los términos de Claude Lefort, como el derecho a tener derechos. Somos, nos definimos como sujetos que tenemos el derecho a tener derechos. Concuerdo completamente con una cosa que expresaste casi al pasar, que es que si partimos de la base de que el derecho a tener derechos forma parte del pacto básico de lo que es nuestra convivencia, entonces cuando entramos en conflicto de derechos lo único que podemos saber es que este conflicto es precisamente el objeto de discusión. Ahora, a partir de esta afirmación, me resulta muy difícil sacar la conclusión –que entiendo que vos también sugerís– de que pueda establecerse una jerarquía objetiva de derechos; por mi parte, también según esa afirmación, no veo (por lo menos en una discusión de este tipo) que se pueda ir más allá de lo que estamos diciendo, de saber que eso sólo puede ser objeto de debate, un debate que no puede tener un resultado final y definitivo.

Entonces, si pasamos ya a las consecuencias que uno puede sacar de esto –y acá también retomo algo dicho en las intervenciones anteriores–, respecto de la jerarquización de derechos, y de una manera que a mí me resulta difícil justificar, no me da igual si el actor del que se trata son los piqueteros de Mosconi o si es una

banda fascista armada con los mismos palos con los que pueden estar armados los piqueteros de Mosconi (de algún modo, esto también fue objeto del debate en el que, curiosamente, hablábamos de un tema tan alejado de este como es la exposición de León Ferrari).

Si yo no defiendo de igual forma el derecho de los piqueteros a empuñar palos de manera amenazante y el derecho que tendrían las bandas fascistas a empuñarlos, entonces en nuestros argumentos empieza a estar en juego algo que ya no es el derecho fundamental que debe proteger la Constitución y que vos nombrabas durante tu exposición en términos de "derecho a protestar contra el gobierno", un derecho fundamental que está en el núcleo mismo de la Constitución. Vemos, en cambio, otro derecho –que apareció en tu respuesta a Isidoro–, en el que se trata para vos de reclamos fundamentales que legitiman la posibilidad de esta protesta precisamente porque los consideramos fundamentales y legítimos, no porque están en el corazón de la Constitución, sino porque –al compararlos con otros con los que entran en colisión– les otorgamos mayor jerarquía. Entonces, estamos en presencia de dos niveles argumentales absolutamente distintos: cuando nos referimos a los reclamos de los obreros de Mosconi, es distinto afirmar que se trata de reclamos fundamentales o legítimos para nosotros, en nombre de los cuales debemos defender su derecho a protestar, que nombrar ese derecho exclusivamente como el derecho (universal) de protestar en contra del gobierno de turno.

MARÍA JOSÉ LUBERTINO: Sigo tus reflexiones hace ya tiempo y no creo que haya inconveniente en que algunas de ellas estén fundadas desde el liberalismo y las nuestras vengan desde otra concepción, la socialista. Lo importante es que de un lado o de otro se acumulan argumentos para defender esas posiciones. No veo esto como un conflicto, sino como un cruce de argumentos. Sí me preocupó mucho y me sigue preocupando cuando se habla de "superderechos". Me preocupa cuando los constitucionalistas hablan de jerarquía de derechos porque ocurre lo mismo que con tu crítica al bien común. Depende de quien hace la lista qué derechos pone primero. Y fundamentalmente creo que quienes vienen del viejo

cuño constitucional desconocen, ignoran, “ningunean” y corren la construcción internacional de los derechos humanos, que precisamente intenta plantear la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos.

Creo que tenemos que hallar la solución más favorable para la vigencia de todos los derechos de manera simultánea, y que no hay un derecho más importante que otro. Pese a todo, lo más importante de tu análisis es esta idea de discernir y buscar parámetros para lograr soluciones. No quiero decir soluciones de compromiso, pero sí que busquen un equilibrio, señalen cuál es la parte más damnificada, respecto de qué derecho… En esta línea de componer el conflicto y de ver adónde llegar, eso sí me parece interesante. Pero es complicado asumir como argumento la idea de “superderecho”… porque si el que construye los superderechos es otro, tal vez no concuerde con mi propia escala de superderechos.

ROBERTO GARGARELLA: Comienzo por lo menos importante, y lo coloco como nota a pie de página de una nota autobiográfica: no me reivindico como parte de la tradición liberal, sino como partícipe de una tradición socialista. Es cierto que he sido educado en la tradición liberal –aquí, a veinte metros, con Carlos Nino durante muchísimos años–, y revindico esa educación. Pero mi pensamiento está muy marcado por el socialismo; por eso, me cuesta encontrar diferencias significativas con lo que señalabas. En todo caso, hay muchas ideas que me he acostumbrado a presentar de cierto modo, pero sólo porque debo defenderlas habitualmente frente a jueces y abogados. Por ejemplo, la idea de “ya cedimos” surge de la necesidad de hablar en un lenguaje comprensible dentro del mundo más liberal, y con el objeto de decirle a sus miembros: “Miren, yo les concedo toda la idea contractualista, y mucho de lo que ella implica. Pero ustedes no pueden negar entonces el derecho a la crítica radical, permanente, cada vez que sea necesario ejercerla”. Es decir, no veo que exista aquí ninguna diferencia de fondo entre nosotros. Sí reconozco que no venimos de una tradición de pensamiento idéntica, ni tenemos las mismas lecturas.

Ahora bien, y enlazando las dos preguntas, creo que estamos aquí frente a lo que Habermas consideraba una discusión permanente, inacabada. Así, por ejemplo, en torno de la idea de la jerarquía de

derechos. Cualquier cosa que uno afirme al respecto es discutible, y requiere ser justificada con cuidado. Cuando una persona nos dice, por ejemplo: “Para mí lo más importante es la dignidad”, nosotros debemos responderle: “Y dígame, cuando me habla de dignidad, ¿de qué me habla? ¿Y por qué la dignidad queda allí arriba? ¿Y qué es lo que pasa con los demás derechos?”.

En definitiva, lo que propongo es salir al cruce de una idea mantenida por muchos jueces como obvia, según la cual, si confrontan el derecho de libertad de expresión con el de tránsito, es obvio que gana el derecho de tránsito. Ante esas presunciones infundadas, corresponde responder: “Mire, hay un problema en lo que usted dice, hay algo raro, muchas de nuestras intuiciones nos aconsejan pensar de modo distinto del que usted sugiere”. A fin de cuentas, el punto es que estas son cosas que tenemos que discutir, sobre las cuales hay argumentos mejores y peores, y no basta con declarar meramente que tenemos escalas diferentes a la hora de pensar los derechos. Lo que importa es cuál es el argumento con el que sostenemos estas escalas diferentes.

Podría mencionar una línea teórica detrás de lo que yo decía, vinculada a un autor liberal igualitario, John Rawls. Cuando Rawls habla de sus principios de justicia, pone en primer lugar uno vinculado a las máximas libertades relacionadas con la libertad de crítica, de asociación, etc., y lo hace de un modo no inocente. Dice: “Esto es innegociable respecto de, por ejemplo, tener más bienestar económico”. ¿Por qué? Porque si perdemos esto, nos dice, perdemos todo. Y porque es concebible una situación de mejoría económica en que se nos cercena la posibilidad de criticar. Pero la situación inversa es menos obvia: si mantenemos siempre firme la posibilidad de criticar, luego va a ser menos concebible que nos cercenen beneficios económicos que nos corresponden.

El punto es que en el derecho a la crítica hay algo especial, y yo defiendo esa posición. De todos modos, si hay un remanente, si ves intuitivamente una diferencia más sustantiva entre nuestras posiciones, me gustaría saber cuál es, porque en principio yo coincidía con tu presentación, a medida que ibas avanzando. Lo que diría es que a veces uso estrategias argumentativas diferentes de las tuyas, sólo porque estoy habituado a discutir en otro tipo de

ámbitos, más vinculados al derecho. Pero no veía una diferencia de fondo. No lo digo para limar asperezas (si las hay, bienvenidas).

FACUNDO SUÁREZ LASTRA: Me parece que cuando entramos a discutir un fallo donde un juez pone de relieve el derecho a transitar por sobre el derecho a la expresión, está clarísima la exposición. Remitiéndonos al título de la convocatoria –que es la criminalización de la protesta– hay un paso previo que es el tema de la judicialización del conflicto. Hay un actor central en este debate que se da en el ámbito público, en la sociedad democrática, con el derecho a expresarse y peticionar, que es el Estado. ¿Cómo responde a eso el Estado? Hay manipulación de intereses, y hay otro bagaje de dispositivos estatales y políticos públicos que son intervenciones del Estado no judicializables, hay decisiones específicas de que el Estado esté ausente ahí. Cuando se llega al delito en la Legislatura es porque antes hubo una decisión política del Estado de no utilizar los resortes de arbitraje ni su poder de policía para evitar eso.

Entonces, yo coincido plenamente con tu mirada y me parece que tu presentación, por supuesto, está fundada y arranca analizando el hecho consumado de la judicialización y qué dicen los jueces. Pese a todo, me parece también que, no en la presentación sino en el fenómeno que motiva la presentación, está faltando una consideración sobre las distintas funciones de arbitraje del sector público –del Estado, específicamente– para orientar y generar canales de expresión distintos; incluso con tensiones de poder, en que el poder de policía del Estado juegue a que no esté agotada la única forma de expresión que es esta, sino que, en todo caso, si se llega al punto de que la forma de expresión generó este conflicto, bueno, tendrá que resolverlo el juez. A mí me parece que ahí hay un Estado ausente en el uso del poder de policía propio que permita orientar, contener y arbitrar mejor esta tensión que se da en el espacio público.

ROBERTO GARGARELLA: En mi exposición había tratado de hacer algunas salvedades para atender a preocupaciones como las tuyas. Ante todo, había hecho referencia a los modos en que se distribuye la palabra en nuestra sociedad, lo cual implica –siempre– una

decisión política. Aquí, la decisión que se ha tomado es la de distribuir la palabra de acuerdo con lo que uno está dispuesto a pagar. Uno de los puntos con los que terminaba mi presentación iba en esa dirección, en cuanto a que la discusión en el ámbito judicial parecía tramposa. ¿Por qué? Porque los conflictos aquí bajo análisis trascienden largamente la esfera judicial. Entonces, si nos obligan a observar sólo la cuestión de las sanciones, nos están privando de mirar el resto de la pintura: qué es lo que originó el conflicto del caso, qué es lo que el Estado dejó de hacer, de qué modo se estuvieron violando derechos, cuál es, en definitiva, la responsabilidad del Estado en el caso. Y este es un punto muy importante para mí, y es que debe verse al Estado como constructor de las situaciones que hoy padecemos. Por ejemplo, el Estado es constructor de una situación en que algunos tienen derechos más extensos que otros; algunos tienen privilegios y otros no; el Estado es el que da licencias y las da de cierto modo; es el que protege la propiedad que yo no puedo ocupar; es el que me impide entrar en una radio y hablar, poniendo su policía para defender al que ganó la licencia radial. Entonces, hay una gran cantidad de opciones que el Estado ya ha estado tomando y, en ese sentido, me parece relevante lo que señalabas.

De todos modos, reivindico que el problema puede contemplarse desde distintos lugares. A mí me interesaba mirarlo desde el lado de lo que hace la justicia, porque además sí creo que, ya desatado el conflicto, e incluso si muchos de estos conflictos son fundamentalmente políticos, que deberían haberse resuelto de otro modo, el Poder Judicial, de modo respetuoso con la composición política de la sociedad, puede hacer un montón de cosas: pacificar, tomar un papel de mediador, reivindicar derechos que no se han garantizado. Sin embargo, viene haciendo todo lo contrario. Lo que viene haciendo es –como decía antes– responder golpe por golpe. Entonces, en vez de abrir el lugar de la mediación, por ejemplo, los jueces pasan a formar parte de la construcción del problema.

Es notable ver que en países latinoamericanos con ordenamientos jurídicos más o menos similares, tribunales parecidos a la Corte Suprema responden de modos tan extraordinariamente diferentes del modo en que lo hace el máximo tribunal argentino. Pienso, por ejemplo, en los casos de Colombia y Costa Rica. En general, la Corte

Constitucional colombiana ha sabido mediar en los principales conflictos con los que se ha encontrado. Y lo ha hecho dentro del marco de una sociedad destruida, marcada por divisiones mucho más graves que las que vemos en la Argentina. Un ejemplo como este muestra cómo en un espacio tan reducido, los jueces pueden hacer tanto y tan bueno. Aquí, mientras tanto, estamos optando consistentemente por hacer cosas horribles, cuando no habría sido complicado hacer cosas interesantes.

EMILIO DE ÍPOLA: Bueno, a mí me pareció muy interesante… Te diría que en los aspectos que yo llamaría normativos –por otra parte, los principales de tu exposición–, salvando algunas cosas, tendería a estar de acuerdo. Lo que ocurre es que vos mismo señalás que hay zonas pantanosas donde no hay una norma, digamos, o donde uno tiene que decidir que tal norma es la que es privilegiada. En tu caso, por ejemplo, muchas veces acudís a juicios de hechos. Como el que entiende que "la crítica al poder debe ser privilegiada"; bueno, yo digo que ese es un juicio ideológico. No criticándolo, porque todo juicio de hecho es ideológico y no tiene nada de malo. Es una opción, una opción discutible, porque yo diría que hay que considerar qué naturaleza tiene el poder, cómo se ejerce, etc., y si es un poder democrático… yo no apoyaría. Habría querido decir más cosas.

En cuanto a tu referencia al valor… al primado, digamos, de la libertad de expresión, también estaría de acuerdo, estoy de acuerdo con la palabra "libertad". Pero ojo, habría que tener en cuenta cierta ambigüedad en la palabra "expresión", porque las formas de expresión, las formas de hacer pública una posición son muy diferentes. En algunos casos no sólo se dirigen o, mejor dicho, afectan al poder, sino a otros que están también tan mal como aquellos que protestan, de los cuales ellos "se ne fregan". Así, vos podés cortar una ruta; pero si cortás una calle, es probable que estés reventando a un tipo que tiene que cumplir un horario y puede perder el empleo simplemente por ese corte… Hay cosas de las que él puede defenderse también, pero corre ese riesgo; eso muchas veces no se toma en cuenta y trae como consecuencia cierta impopularidad. La gente no aceptaba viajar gratis en subte, me

acuerdo. No era simpático, y no es porque yo defienda a la mayoría… Tenía razón en el hecho de negarse a que alguien dijese cómo se deben hacer las cosas.

Por otra parte, me parece que estas son regiones donde el derecho se enfrenta a situaciones imprevisibles, que son las más interesantes, porque cuando tenés una norma y la aplicás, es facilísimo; el problema es cuando no hay una norma o bien la norma no alcanza; en ese caso, gravitan aún más factores de tipo ideológico. Como ejemplo, quería citar hoy mismo un editorial del diario La Nación, donde habla de los delitos de lesa humanidad; se refiere a la negativa del juez Bonadio a extraditar a un miembro del Frente Patriótico Manuel Rodríguez chileno, acusado de haber hecho una serie de… delitos, vamos a decirlo así.

LAURA GOLBERT: Atrocidades.

EMILIO DE ÍPOLA: No, atrocidades no. Crímenes… De delitos, y en especial uno, el de haber asesinado o participado en el asesinato del periodista y constitucionalista Jaime Guzmán. Planteado así, efectivamente uno dice "bueno, tiene razón, pobre Guzmán; mataron a un tipo, y, además, un tipo que era constitucionalista, que no había hecho nada, que no mató a nadie: qué mal que no extraditen al asesino". Por mi parte, repudio el asesinato, todo asesinato. Pero en realidad Jaime Guzmán no era un inocente jurista; también era un frenético, fanático, neurótico y semidemente partidario, activista y militante del golpe contra Allende y a favor de Pinochet. Encargado por ley de preparar la nueva Constitución pinochetista. En este sentido, en tanto funcionario de un gobierno de facto asesino, él es responsable de crímenes de lesa humanidad. Él sí es responsable de crímenes de lesa humanidad. Pero eso por supuesto La Nación lo omite, no dice una palabra de esta cuestión. Jaime Guzmán es una víctima inocente… Hay que ver lo que escribe Alain Touraine, en Vida y muerte del Chile popular, sobre Jaime Guzmán; dice: "Vi a un tipo en la televisión y me asusté. En las épocas de tensión aparecen esas cabezas horribles, los monstruos que surgen detrás de la tierra". Cité de memoria, ojo.

En esos niveles, en esos planos donde hay una decisión y sobre todo si la decisión no es definitiva, si se expone públicamente y se somete a la discusión pública, ahí entran en juego –creo–, no argumentos jurídicos, sino –a veces bajo la cobertura de argumentos jurídicos– ideológicos, tomas de posición ideológicas. En el caso de La Nación, es bien claro. Bueno, te quería decir eso. Simplemente hay una zona donde debe articularse lo ideológico con lo jurídico, y es muy difícil.

ROBERTO GARGARELLA: Bueno, sobre lo que decía de dar una protección especial a la crítica del poder, no es un juicio de hecho; para mí es un juicio valorativo, lo defendería a partir de ciertos principios de justicia. Y esto implica obviamente cierto compromiso ideológico. ¿Qué es, si no, lo que va a reivindicar el derecho? ¿Va a reivindicar la condición de neutralidad?

Ahora bien, creo que en algo de lo que señalabas está presente uno de los riesgos que yo quería evitar, que es el riesgo de ver, por ejemplo, que acá tenemos un enfrentamiento de pobres contra pobres; y entonces, qué pena. Este es uno de los riesgos que quería evitar, el de perder de vista el cuadro, perder de vista que aquí hay algo más grave: una serie de opciones del poder público que son equivocadas. Por supuesto, hay gente que, en su desesperación, sale de su casa, va a la calle, protesta y afecta así los derechos de otros. Sí, esto existe; tenemos aquí una situación desgraciada, pero así no termina ni empieza la historia. Demos un paso atrás, miremos el cuadro general. Esa perspectiva va a permitir que contemplemos los déficits que distinguen el accionar del Estado en relación con el modo en que protege o deja de proteger ciertos derechos, en relación con la forma discrecional y discriminatoria en la que trata a ciertos ciudadanos. Por eso resisto la idea del “pobre contra pobre”. Eso es cierto; pero no perdamos de vista el problema mayor, que es cómo está actuando el Estado, cuáles son sus opciones y prioridades.

Del caso de Guzmán, lo que me llama la atención es que ahí a veces hay malos argumentos, como hay argumentos escondidos; es decir, no se ponen todas las cartas sobre la mesa. Por eso uno reivindica un debate público robusto, amplio, porque justamente no quiere

que le hagan trampa. Si voy a aceptar la extradición, si la extradición está bien, es porque tengo todos los argumentos conmigo, y en tanto me han mostrado todos los argumentos, me han mostrado todas las cartas. En ese sentido coincidimos: lo que aquí ocurre es que se están trampeando cartas, nos están escondiendo algunas de ellas, cuando es necesario mostrar todas las que están en juego. En eso no podemos más que coincidir.

RUTH ANDRADA: Después de las intervenciones de Isidoro, Claudia, Facundo y Emilio, que comparto en general, sólo me queda una cuestión de preocupación práctica por el escenario en el que suceden estas reflexiones. Y sin pensar que los jueces deben acatar las opiniones mayoritarias: al contrario, me parece que hay una responsabilidad muy importante que el Estado ha dejado de cumplir, que hace que los ciudadanos vean esto con especial irritación. Y es que el Estado, que ha desertado de tal manera de su obligación de hacer cumplir la ley en cosas muy elementales, hace que la protesta sea vista y sentida de una manera mucho más dramática de lo que sería en condiciones "normales".

Si hay ruido a las 3 de la mañana, nadie controla el ruido de los colectivos, no se puede dormir –sobre todo en los barrios populares–; nadie es capaz de evitar que se pase el semáforo con la luz roja, y además de esas cosas tan simples, que encima corten la ruta, adquiere una dimensión que, si todo funcionara con normalidad y el Estado hiciera cumplir las reglas de convivencia previamente establecidas, esto no sería para nada tan dramático. Pero si a gente que no duerme, que no puede cruzar la calle –mientras pasan las bicicletas a contramano y rozan a los bebés, a los obreros que trabajan sin la protección más elemental cuando rompen las calles, etc., etc.– se le suma esto, es una especie de campaña de fascistización de la población, a fuerza de frustraciones tras frustraciones tras frustraciones, que va a terminar dando como resultado que no tengamos más estas leyes. Porque los legisladores necesitan que los voten. Entonces los Blumberg, etc., van a empezar a proliferar y a ser escuchados, y todo lo que sigue. Es decir, la posibilidad de aplicar estas reflexiones necesita que el Estado cumpla con ciertas funciones básicas que eviten esta cantidad de

frustraciones superpuestas en relación con la violación de las reglas más elementales de convivencia de todos los días. De otro modo, no vamos a tener más estas leyes, no vamos a tener más esta Constitución, etc. Me parece que eso es lo que faltaba.

ROBERTO GARGARELLA: Veamos un poco. Sin que esto sea bueno ni malo, es un enfoque posible del asunto, una mirada más bien de clase media. Porque uno podría reconstruir la misma pregunta desde el punto de vista del que perdió todo y decir: "Encima que no tengo plata para comer ni para el colectivo, encima que no encuentro trabajo, además recibo este trato. Entonces mejor salgo a la calle y hago de todo". Por suerte, entonces, el conflicto no lo decide una de las partes, sino un mediador, es decir, un juez. La desgracia es que muchas veces, en lugar de convertirse en la figura imparcial que debe ser, el juez toma partido de antemano, prejuiciadamente, a favor de una de las partes.

PÚBLICO: Dentro de la línea de lo que decía Ruth, se trata de jerarquización de derechos o de quién es más responsable: ¿el Estado que viola los derechos fundamentales o el que corta la calle? ¿Y si vemos desde el ángulo de la responsabilidad a ese Estado que viola, entonces? Como vos decías, maltrato por maltrato, o golpe por golpe, no estaríamos entrando en la misma mezcla. Es distinto el tipo de golpe que da el Estado cuando viola los derechos fundamentales –que se llama "violación" o "violencia"– de la agresión de destrozar el ayuntamiento o lo que fuere. A uno lo llamaría "violación" o "violencia" y al otro lo llamaría "agresión", o sea que es la manera de defenderme cuando creo que me están atacando. Creo que se han ganado algunos juicios al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en primera instancia por faltar al deber de alimentación y de salud. Creo que ahí tendríamos que poner el foco, en la criminalización de la violación del Estado a su obligación. Me parece.

ROBERTO GARGARELLA: Sí, estoy de acuerdo. Diría nada más que

no es una opción “o miro esto o miro lo otro”. Porque todos, y en particular los jueces, tenemos y tienen la capacidad de distinguir y mirar primero una cosa y después la otra. Entonces no es que si yo miro una cosa me olvido de resolver el otro conflicto. Puedo hacer el intento de criticar y enjuiciar al Estado por no hacer ciertas cosas, y al mismo tiempo pensar y reflexionar acerca de cómo atendemos cuestiones que tienen que ver con conflictos de derechos. Podemos y debemos hacer las dos cosas. Por eso, el reproche que surge se debe a que los jueces miran las cosas con un solo ojo, porque se olvidan de mirar ciertas cosas, porque miran de un modo muy sesgado, porque no nos garantizan imparcialidad cuando pueden mirar y evaluar ambas cosas –primero una, después la otra– sin mayor problema.

Y un último comentario al respecto. La dificultad que tienen los jueces para observar ciertos fenómenos y, sobre todo, la dificultad para entenderlos y procesarlos debidamente, para ponerse en los zapatos de aquellos que se acercan a los tribunales en busca de justicia, se relacionan con muchas cosas. A veces, se debe a la falta de esfuerzos, a la pereza de los jueces. A veces se debe a la inercia de años, a un ambiente que los abruma en parte. A veces, esas dificultades tienen que ver con un esquema de controles que convierte en traumático para un juez el hecho de que su decisión pueda ser revertida por los jueces superiores, y así muchos de ellos asumen una actitud algo pacata o timorata ante quienes están situados en una jerarquía superior. Todos estos factores son ciertos y tienen su peso, pero a mí me interesaba destacar otra serie de factores.

Creo, por ejemplo, que una causa explicativa fundamental, a la hora de pensar por qué los jueces deciden del modo en que deciden, sistemáticamente, a lo largo del tiempo y desde espacios geográficos diferentes, se vincula con la propia biografía de los jueces. Quiero decir, en buena medida, si los jueces deciden como lo hacen, esto tiene que ver con las cualidades personales de quienes forman parte de la justicia. Es decir, aunque tuviéramos una justicia completamente independiente –que no la tenemos–, todavía tendríamos que hacer esfuerzos extraordinarios para al menos mitigar los efectos vinculados con aquellas cualidades personales.

Para aclarar lo dicho con un ejemplo: si estuviéramos en la Sudáfrica posterior al apartheid y nos encontráramos con tribunales compuestos exclusivamente por blancos, todos, pero sobre todo los negros, tendrían razones para repetir lo que expresó Mandela cuando entró en la Sala donde se lo iba a juzgar. Mandela miró alrededor y dijo que sólo veía blancos, y que no podía confiar de ningún modo en un tribunal así compuesto. Y tenía razón. Los jueces pueden tener toda la preparación técnica del mundo pero, en definitiva, es dable esperar que sus cualidades personales terminen ejerciendo alguna influencia a la hora de tomar decisiones. Es por ello que las mujeres tienen razones para preocuparse cuando ven tribunales superiores en que las mujeres son minoría (cuando las mujeres constituyen no sólo la mayoría de la población, sino además la mayoría de los graduados en Derecho; y cuando ellas concentran, hace años, los mejores promedios de la carrera). Es por ello, también, que las Cortes europeas decidieron integrarse con un representante proveniente de cada país miembro. Alguien podría preguntarles a los europeos: "¿Cómo es eso de que los tribunales tienen que formarse con individuos 'representativos' de los países de la comunidad? ¿No se trata de jueces? ¿Y no nos han enseñado, acaso, que el Poder Judicial no es un órgano representativo, sino uno cuyos miembros necesitan simplemente saber el derecho que van a aplicar?".

Esto es así, esto es lo que nos han enseñado; es el discurso público que se sigue sosteniendo, y que hace que cualquier miembro del Poder Judicial rechace indignado –en principio, al menos– cualquier referencia crítica acerca del carácter poco representativo de ese poder. Sin embargo, lo cierto es que, sin decirlo, sin levantar demasiado la voz, todos sabemos que en Sudáfrica sería indignante no contar en los tribunales con una representación adecuada de la mayoría negra, o que en cualquier país resulta inaceptable que los tribunales, sobre todo los superiores, no tengan una cantidad suficiente de juezas entre sus miembros, y que en Europa nadie concebiría como imparcial a un tribunal en el que no estén representados todos los miembros de la comunidad. Toda esta larga introducción es para decir que las cualidades personales de los jueces pesan a la hora de entender el contenido de sus decisiones, y que por tanto –una vez que aceptamos esto– tenemos que preocuparnos por la composición social de nuestros tribunales.

Agrego un dato importante al respecto: en los poquísimos estudios sociológicos que se han hecho en la Argentina al respecto, se han determinado algunas cosas que, de manera intuitiva, ya podíamos reconocer. Fundamentalmente, que la mayoría de nuestros jueces son varones, blancos, de clase media o media alta, católicos y de ideología conservadora. Y bien, me parece indudable que dichos factores invisibles ejercen una influencia importante cuando los jueces se sientan a escribir sus sentencias. Es incuestionable que la falta de sensibilidad de nuestra justicia hacia cuestiones tales como la violencia doméstica tiene algo que ver con la fuerte impronta masculina de los tribunales (varios jueces han escrito sentencias vergonzantes al respecto). Me parece indudable, también, que del mismo modo en que podemos advertir componentes sexistas en la jurisprudencia argentina, podemos encontrar rasgos clasistas que se explican, en última instancia, a partir del origen social de la mayoría de los jueces.

Desde luego, no establecería de ningún modo una relación directa e insalvable en la materia (entre el origen social del juez y su jurisprudencia), pero sí creo que hay tendencias, y que esas tendencias están marcadas, al menos en parte, por las biografías de muchos de los jueces. En ese sentido, diría que muchas sentencias que han ido apareciendo en relación con el tema de los cortes de ruta dejan traslucir también la impronta de la que hablaba. No tengo ninguna duda de que gran cantidad de los dichos de los jueces en la materia se explican a partir de la distancia social que existe entre ellos y los acusados, lo que hace que los magistrados encuentren enormes dificultades para reconocer, pensar, entender y sopesar debidamente los reclamos de los grupos más desaventajados de la sociedad. De allí que crea que, en definitiva, mientras la composición social de la justicia no cambie, va a ser difícil esperar cambios significativos en la aproximación que hagan los magistrados a las cuestiones sociales más conflictivas.

2. Un diálogo sobre la ley y la protesta social [*]

▪

* Traducción de Carolina Paolasso, revisada por el autor, a partir de "A Dialogue on Law and Social Protest", incluido en A. Sajó (ed.), Free to Protest: Constituent Power and Street Demonstration, Útrecht, Eleven International Publishers, 2008.

Durante los últimos años he dirigido una investigación sobre las protestas sociales y la ley; para eso tomé ejemplos de la Argentina, mi país natal. Utilizando alguna información que he recolectado (en particular, las opiniones jurídicas sobre el tema), en este trabajo intentaré reflexionar sobre cómo debería reaccionar la ley ante la violación de derechos fundamentales y las graves tensiones sociales. Según espero, estos comentarios serán, al menos en principio, también aplicables a otros contextos. Su objetivo es contribuir a la discusión sobre la ley y las protestas sociales, que por algún motivo ha demostrado ser muy difícil. De hecho, tanto en Europa como en América los jueces han tenido enormes problemas para abordar de manera adecuada este tema a fin de asegurar la paz y la justicia social. La discusión también debería ser relevante para los interesados en el estudio de teorías de la democracia (y, debería agregar, particularmente para los interesados en teorías deliberativas de la democracia). Como se verá, tarde o temprano, en forma más o menos explícita, los jueces tienden a sentirse obligados a entrar en discusiones sobre teorías de la democracia cuando piensan acerca del lugar y el rol de las protestas en las sociedades contemporáneas.

La mayoría de los casos y de las decisiones judiciales que utilizaré para ilustrar mis comentarios provienen, principalmente, de la situación argentina entre 2001 y 2004 –un período único en términos de conmoción social–, aunque se harán comparaciones con decisiones adoptadas por los tribunales de otros países (en especial las emanadas de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de la Corte Europea de Derechos Humanos). Más específicamente, centraré la atención en lo que se ha convertido en la principal expresión de las protestas sociales en la Argentina: la práctica sistemática de grupos piqueteros, orientada a bloquear rutas nacionales. A continuación, las referencias a “manifestantes sociales” se vincularán a ese tipo de prácticas, que han llevado a cabo los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

Como comentario general, anticiparé que en América Latina, y en la Argentina sobre todo, la ley no ha sido particularmente sensible hacia los intereses de la mayoría de los grupos desfavorecidos que

forman parte de este tipo de confrontaciones. El caso argentino es muy ilustrativo en este sentido. En la Argentina, durante muchos años el gobierno no ha logrado asegurar los derechos sociales básicos que la Constitución obliga a proporcionar a todos. Al mismo tiempo, el Poder Judicial no ha sabido o querido forzar al gobierno para que cumpla con sus obligaciones constitucionales. Y lo que es aún más importante para los propósitos de este análisis: el Poder Judicial actuó en contra de los manifestantes involucrados en acciones directas (por lo general, piqueteros que bloquean rutas nacionales), dando por sentado que estas eran acciones criminales que ellos, como jueces, estaban obligados a suprimir. Aunque en esta área la doctrina judicial todavía está en proceso de desarrollo, y a pesar de que hay señales de que las tendencias predominantes podrían sufrir cambios en un futuro cercano, el hecho es que, después de casi dos décadas de decisiones judiciales, los principales rasgos de la jurisprudencia vigente con respecto a los manifestantes parecen claros.

A continuación, presentaré diferentes argumentos y contraargumentos que han sido (o podrían ser) utilizados en esta discusión. Estos argumentos se expondrán en forma de un diálogo en el que respondo a dos virtuales interlocutores, uno favorable hacia los intereses de los manifestantes (P), y el otro hostil hacia aquellos intereses, y más proclive a la idea de orden (O).

O: La respuesta es simple: usted ha violado la ley.

La idea según la cual los manifestantes están simplemente violando la ley ha sido tal vez la respuesta más común a la pregunta en cuestión. Tanto abogados como jueces han utilizado esta aseveración como un argumento definitivo en esta discusión. Ellos citan el Código Penal argentino (CP), que refiere a diferentes situaciones relacionadas con las que aquí nos interesan (en general, el bloqueo de rutas y la confrontación contra las autoridades públicas). De modo habitual, las autoridades judiciales han aplicado los arts. 237 y 238 del CP, que castigan la resistencia a las autoridades públicas; el art. 168 sobre extorsiones contra las

autoridades públicas; el art. 211, que penaliza la intimidación pública; el art. 212, referente a la incitación a la violencia; el art. 213 bis, que trata sobre asociaciones ilícitas, o el art. 168, que hace referencia a los casos de usurpación. Más a menudo han hecho referencia al art. 194 del CP, que establece las penas para aquellos que "impiden o perturban" el normal y eficiente funcionamiento de los transportes y servicios públicos.

Sólo para brindar un ejemplo típico y significativo de este tipo de razonamiento, en el caso "Alais" el más alto tribunal en materia penal del país –la Cámara Nacional de Casación Penal– sostuvo que "las acciones atribuidas a los delincuentes están, en principio, claramente relacionadas con aquellas descritas en el art. 194 del CP". Como una consecuencia de este argumento, la Corte invalidó una decisión judicial anterior, que había sido en principio favorable a los intereses del acusado.[1] En los Estados Unidos, las Cortes han tendido también a mantener normas diseñadas para facilitar "el flujo del tráfico".[2] Las decisiones de las Cortes en ese país han sido más rigurosas cuando los manifestantes no tenían permiso para realizar sus manifestaciones,[3] y cuando habían interferido innecesariamente con el tránsito en las calles.[4]

P: Pero ¿qué sucede con los otros derechos (constitucionales) en juego?

A este primer reclamo han respondido principalmente expertos en derecho penal y constitucional. Los primeros han sostenido que el mismo derecho penal utilizado para castigar a los manifestantes ofrecía otras posibilidades que podrían utilizarse a favor de aquellos (Zaffaroni, 2002).[5] Por ejemplo, existen tradicionales defensas como la doctrina del estado de necesidad o la doctrina de la legítima defensa que se han utilizado para justificar, al menos parcialmente, la causa de los manifestantes y la legitimidad de sus acciones.

Otros autores han hecho referencia a los puntos de vista de Hans Wenzel (para quien no deberían penalizarse ciertas conductas cuando en sustancia no afectan las relaciones sociales, aunque

perjudiquen ciertos intereses individuales) y la teoría de riesgos de Claus Roxin (de acuerdo con la cual no todas las conductas perjudiciales deben ser castigadas, sino sólo aquellas que traspasan lo que históricamente se ha aceptado como un riesgo aceptable desde el punto de vista social) con el propósito de despenalizar las protestas sociales (Soberano, 2005).

Sin embargo, en mi opinión las respuestas más importantes provienen de la Constitución. Los constitucionalistas objetan la idea de observar estos conflictos sociales sólo desde la perspectiva de la legislación penal. Ocurre que esta última se ve interesada sobre todo en definir el nivel y la distribución adecuados de los castigos dentro de la sociedad, mientras que estos casos requieren prestar atención a otras cuestiones relacionadas con la justa distribución de los recursos y los derechos (constitucionales) básicos en juego.

Sin dudas, existen muchas normas constitucionales que parecen ser relevantes para esta discusión. Así, y entre otros ejemplos, uno podría referirse al derecho que poseen las personas a la libre expresión, al de reunión, al de peticionar ante las autoridades (art. 14 de la Constitución nacional [CN]), o a sus amplios derechos sociales (art. 14 bis de la CN).[6] El énfasis en este punto parece ser importante y ha tenido gran significación en la práctica. Primero, porque demostró que el acusado también podía entrar en la discusión de los derechos: por cierto, muchos de sus derechos más importantes parecen ser violados cotidianamente por los actos y omisiones del Estado. Además, este factor es importante porque los derechos aquí mencionados tienen rango constitucional, lo que significa que la discusión podría no terminar –como muchos esperaban– con algunas referencias al Código Penal u otras normas "inferiores". De hecho, podría decirse que la discusión debería comenzar allí. Así, la validez misma del Código Penal u otras normas similares debe ponerse en cuestión (como ya ha sucedido).

Una historia similar se puede contar, en principio, sobre los Estados Unidos, donde muy pronto la actividad de los manifestantes fue leída en clave de libertad de expresión, lo que aseguró una fuerte protección a dicha actividad. El proceso comenzó con la opinión del juez Brandeis en el fallo "Senn c. Tile Layers Protective Union" (301

U.S. 468):

Los miembros de un sindicato pueden, sin una autorización especial del Estado, dar a publicidad los hechos de una disputa laboral, puesto que la libertad de expresión está garantizada por la Constitución nacional (301 U.S. 468: 478).

Este dictamen se volvió clave para los argumentos presentados por la Corte en "Thornhill c. Alabama" (Cox, 1951: 592), en que la organización de piquetes se concibió como un medio para "informar al público sobre la naturaleza y las causas de la disputa laboral".

O: Nos enfrentamos aquí a un "conflicto de derechos", y usted está actuando como si sus derechos fueran absolutos.

Opiniones como las anteriores demostraron ser bastante persuasivas, y los investigadores y funcionarios públicos llegaron a admitir que, al menos en muchos casos, era cierto que los manifestantes también padecían situaciones de violación de sus derechos, que debían tomarse en consideración en cualquier decisión judicial sobre las protestas. Sin embargo, de inmediato agregaban que este hecho indeseable no implicaba reconocer que los manifestantes tenían razones para comportarse como lo hacían.

En verdad, los derechos estaban en ambos lados de la discusión, lo que implicaba que se estaba ante una situación de "conflicto de derechos". En efecto, si los manifestantes tenían derecho a criticar al gobierno, el resto de la sociedad no sólo tenía derecho al libre tránsito, que los manifestantes interrumpían, sino también otros fundamentales (como el derecho a ir a trabajar o a un hospital) que los manifestantes afectaban como consecuencia de los medios que escogían para expresar sus opiniones.

De este modo, los jueces comenzaron a afirmar (y esta también se

convirtió en una idea común en la mayoría de las decisiones judiciales al respecto) que los manifestantes no podían defender sus derechos violando los de las demás personas.[7] Y sostuvieron, una vez más, que los derechos de los manifestantes "terminan donde empiezan los de las demás personas".

En los Estados Unidos esta posición fue expresada por la Suprema Corte en el caso "Cox c. Louisiana". En este juicio, la Corte tuvo que examinar la constitucionalidad de una ordenanza que requería un permiso para cualquier "desfile o procesión sobre cualquier calle o vía pública". En su decisión, ese tribunal supremo sostuvo, en primer lugar, la idea según la cual las libertades civiles "garantizadas por la Constitución implican la existencia de una sociedad organizada que mantiene el orden público sin que la libertad misma se pierda en los excesos de un abuso descontrolado". De este modo, la Corte hizo referencia a la necesidad de acomodar los diferentes derechos en juego, preservando "la seguridad y facilidad de las personas para la utilización de las carreteras públicas" pero sin negar del todo "el derecho de reunión y la oportunidad para la comunicación de pensamientos y la discusión de cuestiones públicas relacionadas con la utilización de espacios públicos".[8]

En la Argentina, en una de las primeras decisiones judiciales sobre este tema, el juez federal Ricardo Napolitani, del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Comodoro Rivadavia, sostuvo en julio de 1999 que "no hay derechos absolutos, porque todos los derechos deben ser ejercidos de acuerdo con las leyes que los regulan, tomando en cuenta su finalidad así como los intereses que estos protegen". En los casos analizados, este tipo de alegato supuso que los manifestantes no podían ser autorizados a ejercer; por ejemplo, su derecho a protestar en formas que afecten severamente los derechos de los demás, por ejemplo, su derecho al libre tránsito. En una decisión más reciente e importante, en el caso "Schifrin", la Cámara Nacional de Casación citó a la Corte Suprema (Fallos, 304: 1524) al afirmar que "los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que razonablemente regulaban su ejercicio".[9]

Resulta notable que esta misma línea argumentativa se encuentra

en las opiniones de muchos de nuestros especialistas en derecho más famosos. Así, por ejemplo, al examinar las acciones de algunos activistas de derechos humanos (quienes organizaron un escrache –perseguir a una figura pública sospechada de o condenada por violaciones a los derechos humanos–), el constitucionalista Gregorio Badeni sostuvo que "la libertad de expresión […] es una libertad legítima, pero no absoluta" (Badeni, 1999a, 1999b: 272, 2001). De manera similar, Juan Carlos Cassagne, reconocido abogado y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires, afirmó que el derecho a peticionar "no era absoluto", porque este, como todo otro derecho, "debería ser ejercido de acuerdo con las leyes que regulan su ejercicio […] y respetando los límites establecidos por la Constitución en el art. 22 (que se refiere al delito de sedición)". Citando a uno de nuestros padres fundadores, Juan Bautista Alberdi, Cassagne concluyó su argumento diciendo que "la libertad de cada hombre termina donde comienza la libertad de sus prójimos" (Cassagne, 2002).

P: ¿Cuál es, entonces, más importante: el derecho al libre tránsito o el derecho a la libertad de expresión?

El argumento anterior, relacionado con la existencia de un conflicto de derechos, es importante, y traslada la discusión a una arena mucho más interesante: nos obliga a discutir si algunos derechos tienen más peso que otros, y si es posible establecer entonces una "jerarquía" entre ellos. Por supuesto, ningún miembro de la comunidad jurídica desea estar en una situación en la que se vea forzado a elegir entre un derecho y otro. Intentamos hacer todo lo posible con el propósito de "armonizar" todos los derechos –queremos que todos "encajen" en el mismo marco–. Sin embargo, muchas veces, este ideal es imposible de alcanzar en la práctica y a menudo nos vemos obligados a realizar un balance entre la importancia relativa de los distintos derechos y a acotar uno de ellos de alguna manera.

Así, puede suceder que debamos elegir entre nuestro compromiso con una prensa libre y el derecho a la privacidad (por ejemplo,

cuando un periódico divulga información acerca de la vida privada de una figura pública); de igual manera, puede suceder que debamos limitar ciertas expresiones, para así evitar la circulación de mensajes racistas u homofóbicos. En situaciones difíciles como estas, se requiere pensar con cuidado qué hacer: nos enfrentamos a casos delicados, que exigen tomar decisiones jurídicas drásticas y difíciles.

Los jueces argentinos, sin embargo, tendieron a percibir estas decisiones como fáciles y limitaron –sin mucha discusión, como si se tratase de una decisión obvia– el derecho de los manifestantes a protestar en nombre del derecho al libre tránsito. De este modo, pusieron fin a la importante discusión que ellos mismos habían abierto, y lo hicieron cuando sólo estaba comenzando. Ellos nos deben, por tanto, una explicación de por qué, ante el conflicto de derechos que estaban enfrentando, les resultaba tan evidente que debían limitar los derechos de los manifestantes. ¿Era tan incuestionable que los derechos de los manifestantes a expresarse con libertad, a protestar, a reunirse, a peticionar –todos derechos protegidos por la Constitución– debían ser limitados ante el derecho al libre tránsito? ¿Era este último innegablemente "superior" o "más importante" que los derechos de los manifestantes? ¿Estos casos no deberían haber sido resueltos justo de manera opuesta? La respuesta no es obvia, y precisamente por ello los jueces deberían haberse comprometido en una discusión que en estas circunstancias, sin embargo, prefirieron eludir.

Un punto de partida posible para abordar este tipo de situaciones de conflicto de derechos puede ser un fallo como el de "New York Times Company c. Sullivan" (376 U.S. 254 [1964]), que a menudo han citado los tribunales argentinos. El caso es de notorio interés porque implicó críticas extremadamente agudas contra un funcionario público, las cuales incluían informaciones falsas –aunque no formuladas con "real malicia"–, y el conflicto entre dos derechos importantes: a la libre expresión y a la reputación personal. Por medio de su opinión mayoritaria, la Corte no dejó lugar a dudas con respecto a cuál decidió privilegiar y por qué razones.

En su célebre decisión, la Corte expuso al menos tres cosas

importantes. En primer lugar, dejó en claro que resolvería el caso desde una concepción robusta de la democracia (retomaré este tema más adelante).[10] En segundo lugar, y desde ese punto de vista, la Corte enfatizó su compromiso de excepcional solidez con la libertad de expresión, tolerando –como en el caso analizado– la inclusión de "comunicados erróneos", "ataques vehementes, agresivos y, a veces, desagradablemente incisivos", y hasta declaraciones falsas, que dejan de manifiesto cuán altos eran los costos que la Corte estaba dispuesta a asumir para preservar un debate robusto.[11] En tercer lugar, el tribunal otorgó una protección aún más fuerte a las críticas realizadas a las autoridades públicas.[12] De este modo, respaldó "el privilegio de los ciudadanos a criticar al gobierno" porque "su obligación es la de criticar, así como la de los funcionarios es la de administrar". Y en la conclusión citó a James Madison, al señalar que "el poder de censura está en el pueblo sobre el gobierno, y no en el gobierno sobre el pueblo".

En cuanto a su visión sobre los derechos, la Corte dejó en claro que el derecho a la libre expresión merecía una protección especial y que, dentro de esta esfera, las expresiones políticas (en particular las críticas contra aquellos en ejercicio del poder) merecían la protección judicial más firme. En suma, demostró de forma ejemplar cómo actuar ante situaciones que suponen un conflicto entre derechos.

O: El problema es que sus objetivos no son genuinos.

Muchos de aquellos que se quejan de las actividades de los manifestantes han llegado a reconocer la particular importancia del derecho a protestar y expresar opiniones políticas (fuertes). Sin embargo, sostienen que esto no implica que las expresiones de los manifestantes merezcan protección. Ello se debe a que los manifestantes no buscan mejorar el debate público o realizar una contribución para generar un intercambio de ideas fructífero. Su principal interés, según nos dicen estos críticos, parece tener poco que ver con el ideal de generar una fuerte deliberación sobre las cuestiones públicas. El profesor Juan Carlos Cassagne (2002) objetó

las manifestaciones públicas por no ser “totalmente asépticas, a pesar de estar organizadas bajo el paraguas protector del derecho de reunión”. También hizo referencia a “ciertos líderes corruptos, que generalmente ocultan sus rostros, y organizan manifestaciones pagadas para llevar a cabo sus objetivos siniestros” (Cassagne, 2002).

De forma similar, en la decisión del caso “Alais”, el juez Eduardo Rafael Riggi criticó el hecho de que los manifestantes “ocultaban sus rostros” detrás de capuchas. En su opinión, “aquellos que esconden su rostro […] lo hacen con el claro propósito de evitar las consecuencias que siguen de sus comportamientos”.

En la Argentina, esta ha sido una línea de pensamiento común entre los formadores de opinión que piensan que si muchos de los manifestantes cubrían sus rostros, eso dejaba claro que no perseguían objetivos legítimos. Asimismo, parece difícil negar que dentro del grupo de manifestantes (que es extenso y heterogéneo) existen algunos líderes corruptos que colaboran con el gobierno o bien con la oposición, y gente que sólo participa en las manifestaciones a cambio de ropa o comida. Por esa razón, muchos jueces y académicos han llegado a afirmar que el grupo piquetero representaba, de hecho, el “brazo armado” de grupos de interés particulares. Esta es la razón por la cual, por ejemplo, el juez Tragant sostuvo en el caso “Alais” que los manifestantes habían violado los derechos de otros “con la excusa de proteger sus derechos constitucionales”, utilizando “mecanismos primitivos para la seudodefensa de sus intereses” a fin de alcanzar sus objetivos.

P: ¿Por qué las protestas tienen que ser asépticas?

Demos por sentado ahora, a los fines de la argumentación, que los hechos presentados en la sección anterior son ciertos. ¿Subestimarían estos alegatos el valor de las demandas de los manifestantes? ¿Dirían algo importante en contra de sus derechos? Esto está lejos de ser obvio. El hecho de que los manifestantes cubran su rostro o escondan sus identidades no debería sorprender

en un contexto donde la policía y el poder judicial tienden sistemáticamente a detener y procesar a los manifestantes utilizando casi cualquier excusa y cualquier medio. Si los manifestantes tienen razones para protestar, y también razones para creer que, como resultado de sus manifestaciones, pueden ser arrestados arbitrariamente, entonces parece razonable la alternativa de dificultar más su identificación para la policía.[13] La idea de que los manifestantes responden a (o son pagados por) grupos de interés, partidos políticos o líderes corruptos también resulta objetable, si su objetivo es socavar la legitimidad de las protestas. Primero, los partidos políticos y los grupos de interés no son entidades ilegales; por lo tanto, que en alguna ocasión estos grupos estén detrás de los manifestantes dice poco acerca de la validez de los reclamos. Segundo, la presencia de activistas corruptos no tiene por qué contaminar las manifestaciones, que son, por el contrario, totalmente legítimas. Tercero, el hecho de que algunas personas participen en las manifestaciones a cambio de un pedazo de pan debería forzar a los jueces a considerar estas manifestaciones con mayor, y no menor, seriedad. Esta circunstancia sólo reafirmaría el hecho de que los manifestantes están en situaciones de miseria extrema, que el Estado no resuelve.

En suma, la idea de que la protesta social debería ser aséptica o situarse más allá de todos los intereses identificables parece por completo inaceptable; en realidad, inconcebible. Los manifestantes plantean reclamos basados en intereses; reclamos sensatos en principio y en muchos casos que encuentran respaldo en la Constitución. El hecho de que sus intereses más importantes estén en juego no invalida sus protestas, sino que da peso al reclamo de que sus derechos básicos están siendo violados.

O: El problema es que sus medios son violentos.

Incluso si se aceptara que los fines de los manifestantes no son condenables, de todas formas podría decirse que los medios que utilizan son inaceptables y afectan la legitimidad de sus actos. En este sentido, podría argumentarse razonablemente que, en

numerosas ocasiones, es claro que los manifestantes actuaron de manera equívoca. En efecto, muchas veces en sus protestas los manifestantes utilizaron medios violentos, que son los menos apropiados para la comunicación de ideas.

El recurso a la violencia se hizo presente en muchos sentidos. En ocasiones, los manifestantes han llegado a las marchas de protesta llevando palos. También es cierto que a veces utilizaron o amenazaron con recurrir a medios coercitivos contra quienes desafiaran sus bloqueos; que emplearon la agresión verbal; que quemaron neumáticos de autos; en suma, parece cierto que los piqueteros tendieron a crear disturbios que, a veces, incluyeron cierta dosis de violencia. En ocasiones, los manifestantes golpearon los vehículos de aquellos que osaban atravesar las barreras que ellos habían colocado en las rutas, y en casos aún más extremos atacaron y destruyeron parcialmente edificios públicos (véase, por ejemplo, el "caso de la Legislatura" mencionado antes). Por lo general, los bloqueos de carreteras o la ocupación ilegal de terrenos parecen representar lo contrario al diálogo, la negación de una discusión racional. Estas, podría decirse, son acciones directas que socavan la posibilidad de un diálogo racional; representan, en cambio, el ejercicio puro de la fuerza bruta y expresan desprecio hacia las razones que otros pueden estar dispuestos a brindar.

En los Estados Unidos, la asociación entre piquetes y coerción tiene una historia muy larga (Jones, 1953). De acuerdo con Archibald Cox, "muchos jueces consideraron intrínsecamente coercitivos todos los piquetes, y por tanto ilegales, pese a que se desarrollaron en paz y cualquiera fuese el objetivo" (Cox, 1951: 591-592). En la Argentina, jueces, académicos y formadores de opinión han suscrito, en general, esta visión que unía las manifestaciones populares con la violencia. De esta manera, por ejemplo, de acuerdo con la decisión de la Corte en el caso "Alais", los componentes violentos que aparecieron fueron suficientes para negar protección a los componentes expresivos de la reivindicación. Badeni sostuvo una opinión similar en su análisis de manifestaciones populares recientes que adoptaron la forma de escraches. Para él, las acciones de los manifestantes eran una muestra de "ignorancia cívica" y suponían una utilización "patológica" de la ley. Asimismo, comparó esas acciones con las realizadas por los nazis, tachándolas de

“prácticas autoritarias”. En un artículo editorial muy reciente publicado en uno de los principales diarios argentinos, y repitiendo una línea de argumentación bastante común en ese medio, su responsable se refirió a la reaparición de la violencia piquetera y a la necesidad de imponer el orden; expresó cierta preocupación por el activismo renovado de los piqueteros y su insistencia en cubrir los rostros, así como por la pasividad demostrada por las autoridades nacionales.[14]

En los Estados Unidos era habitual que los tribunales negaran protección constitucional a las manifestaciones que emplearon violencia.[15] Por lo común, también, exploraron la distinción entre “expresión pura” –que incluye escritos políticos y panfletos, por ejemplo– y “expresión con agregados” (plus speech), que se referiría a piquetes, marchas, etc. Y era habitual que se utilizase esa distinción para proteger la expresión pura, dejando sin resguardo los “agregados” a la expresión. Así, el juez Goldberg sostuvo, en “Cox c. Louisiana”, que la Corte rechazaba la noción de que “la primera y decimocuarta enmiendas otorgan el mismo tipo de libertad a aquellos que comunican sus ideas por medio de conductas como rondar por calles y carreteras, marchar por ellas y bloquearlas, y en igual medida a aquellos que se comunican por medio de la expresión pura”.[16] De forma similar, el juez Black afirmó que esas enmiendas no otorgaban “un derecho constitucional para formar parte de piquetes, ya sea en espacios públicos o propiedades privadas”.[17]

P: ¿No deberíamos prestar más atención a los mensajes de los manifestantes? ¿Al componente expresivo del mensaje y la doctrina del “foro público”?

Para empezar, podría rechazarse la “clara dicotomía” entre “expresión pura” y “expresión con agregados” propuesta por la Corte Suprema estadounidense. Siguiendo a Harry Kalven, podría sugerirse que “toda expresión incluye necesariamente plus speech. Si es oral, incluye ruidos que pueden perturbar a alguien; si es escrita, puede generar suciedad [en las calles]” (Kalven, 1965: 23).

En este sentido, los panfletos no son sólo desperdicios que ensucian las calles sino, en todo caso, “desperdicios con ideas” (Kalven, 1965). Por eso, necesitamos hacer un esfuerzo especial para prestar atención al mensaje que tales expresiones intentan hacernos llegar. [18]

Afirmar esto no implica ignorar la violencia presente en muchos de los casos examinados –violencia que nos parece inaceptable a aquellos a quienes nos preocupa el valor del diálogo público–. Sin embargo, y con el propósito de tomar en serio esta violencia, en primer lugar deberíamos realizar algunas distinciones sencillas entre los casos.

El primero es aquel en el cual, en medio de una manifestación –por lo demás, pacífica–, alguien comete un acto de violencia. Ante esto, las autoridades públicas deberían simplemente separar a esta persona del resto y reprenderla de manera apropiada (lo cual, vale subrayar, no significa decir que la única manera de reprenderla es mandándola a prisión, como muchos jueces argentinos han tendido a pensar respecto de esas infracciones). Esto es lo que los jueces solían hacer, por ejemplo, en períodos en que la metodología de protesta más habitual era la huelga: el hecho de que en ciertas ocasiones (digamos, durante los años setenta) muchos de los paros gremiales incluyeran actos de violencia aislados no les impedía castigar estos actos y a la vez mantener intacto el derecho a huelga. En casos recientes, la Corte Europea de Derechos Humanos reconoció que la presencia de disrupciones accidentales durante una manifestación no la convierten en una manifestación “no pacífica”, [19] y también reconoció que la mera presencia de unos pocos agitadores no transforma a la reunión en violenta.

En otros casos parece más difícil distinguir entre las expresiones de un grupo y sus componentes violentos. Pero aun en ellos debería hacerse un esfuerzo para preservar el componente expresivo de estas acciones, en la medida en que esto fuese posible.[20] Los casos de “quema de banderas”, entre otros, han obligado a los especialistas del derecho a pensar con más cuidado este tipo de cuestiones.[21]

Los doctrinarios han tendido a concluir que los mensajes políticos pueden transmitirse de formas diferentes, lo que no necesariamente

queda restringido al lenguaje oral o escrito. Así, la acción de arrojar un huevo a un político, que puede ser condenada tanto en la dimensión moral como en la legal, suele transmitir un mensaje potente en términos políticos. No prestarle atención a este punto implica no abordar una parte crucial del asunto.

El hecho es que estos actos provocativos, disruptivos e incluso violentos (sean verbales o no) pueden también proponerse –como ocurre a menudo– llamar la atención pública con respecto a un tema que el resto de la sociedad, y el gobierno en particular, han descuidado.[22] Tal como lo estableció la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, "en muchos casos, el medio bien puede ser el mensaje".[23] Además, si la expresión (en particular, la expresión política) está presente, uno podría aproximarse a estos casos con el criterio definido por ese tribunal en otros fallos referidos a la libertad de expresión que contemplaban conductas o lenguajes provocativos. La Corte podría invocar –como hizo en varias oportunidades– la prueba del peligro claro e inminente para determinar si las acciones analizadas merecen protección constitucional o no.[24] Este esfuerzo para preservar el componente expresivo de los actos en cuestión es consistente con algunas propuestas realizadas recientemente por teóricos de la democracia, quienes han abierto un espacio para la consideración de los aspectos ilocucionarios de actos verbales (y no verbales) dentro de teorías de la democracia que señalan la deliberación pública como su característica central.[25]

Una razón adicional para prestar atención a los componentes expresivos de estos actos y otorgarles protección tiene que ver con que las protestas en cuestión han sido realizadas en espacios públicos, es decir, en lugares que tradicionalmente se han utilizado para la expresión de ideas y críticas políticas. La doctrina del "foro público" fue propuesta por primera vez en "Hage c. CIO",[26] cuando el juez Roberts reconoció un derecho constitucional para utilizar "calles y parques para la comunicación de opiniones", que fundamentó en el hecho de que "las calles y parques […] han sido siempre destinados para el uso del público y, a través del tiempo, han sido utilizados para la realización de asambleas, la comunicación de pensamientos entre los ciudadanos y la discusión de cuestiones públicas".[27]

O: Los manifestantes deberían, y podrían, haber ejercido sus derechos de manera diferente, más razonable. La importancia de las regulaciones de tiempo, lugar y modo.

La violencia puede ser explicada, e incluso justificada, en ciertas ocasiones. Pero la pregunta es: ¿por qué los manifestantes deberían recurrir a ella cuando no es necesario? En efecto, a veces los piqueteros tienden a violar los derechos de terceros cuando en realidad es posible actuar de forma diferente y más respetuosa. Los jueces argentinos se han aferrado usualmente a este argumento en casos de bloqueos, afirmando, por ejemplo, que los activistas podrían expresarse en plazas públicas de modo de evitar perjudicar a terceros. Este fue el argumento central en el caso "Schifrin", donde la Cámara de Casación Penal sostuvo que no era cierto que los manifestantes no podían "ejercer sus derechos –de expresión, de petición o reunión– de […] forma […] más razonable" que impidiendo el libre tránsito en la ruta 237 (una carretera nacional muy transitada en el sur del país).[28]

Un argumento similar fue esgrimido por los jueces Tragant y Riggi en el caso "Alais", donde la Corte tuvo que analizar la conducta de algunos trabajadores ferroviarios que habían interrumpido (brevemente) la circulación de trenes. Ambos jueces, que pertenecían a la Cámara de Casación Penal, alegaron –en diferentes votos– que era inexacto afirmar que en el caso analizado existiera un genuino conflicto entre derechos que forzara al intérprete a "optar entre valores jurídicos opuestos". Por el contrario, concluyeron que los manifestantes tenían a su disposición otros medios de protesta mucho menos perjudiciales para los intereses de la comunidad. La acción en cuestión fue luego descrita como "un ejercicio de derechos [irregular e] ilegal", y los manifestantes fueron condenados.

Además, puede decirse que el hecho de que estas expresiones se hayan llevado a cabo en "espacios o foros públicos" agrega muy poco al problema. Esto es así, entre otras razones, porque aun en los "espacios públicos" el Estado no pierde sus principales poderes de

regulación, que nadie cuestiona. El gobierno, se ha asumido siempre, “tiene el poder para preservar la propiedad bajo su control para el uso para el cual está legítimamente consagrada”.[29]

En los espacios públicos las limitaciones pueden ser, sobre todo, de dos tipos: las regulaciones basadas en el contenido (cuando el gobierno limita ciertas expresiones porque no está de acuerdo con su contenido), que por lo general son declaradas inconstitucionales, [30] y las regulaciones neutrales con respecto al contenido, que tienden a sobrevivir a la revisión judicial. Estas últimas vienen a establecer límites con respecto al “tiempo, lugar y modo” de las manifestaciones, con el fin de asegurar el mayor respeto de los derechos de todos.[31] En principio, y según esta doctrina, el Estado con justificación podría prohibir a los partidos políticos organizar demostraciones ruidosas a las 3 de la mañana, o utilizar camiones con megáfonos en ciertas ocasiones, dado que estas medidas no parecen tener un impacto negativo sobre el contenido del mensaje de los manifestantes y sirven a un objetivo gubernamental importante.

P: Las regulaciones de tiempo, lugar y modo no deberían ser utilizadas como excusas para socavar los mensajes políticos perturbadores.

La idea de que los manifestantes deberían expresarse siempre de la manera menos perjudicial para los demás no resulta obvia. Cuando los trabajadores organizan una huelga, lo hacen precisamente porque quieren perturbar y crear problemas a sus jefes. Si sus protestas fueran siempre inofensivas (por ejemplo, trabajar más horas que las establecidas), es probable que el sector patronal no se sintiera forzado a prestar la debida atención a aquellas demandas o reclamos.

Los críticos de esta postura podrían alegar (como hicieron algunos jueces en la Argentina) que no se están refiriendo a alternativas sin sentido, sino a la necesidad de que los manifestantes opten por la forma de protesta menos perjudicial (por ejemplo, convocar a una huelga pacífica en lugar de organizar una manifestación violenta).

Pero, de nuevo, ¿es esta una sugerencia razonable? Imaginen a un caricaturista político que critica al presidente todos los días dibujándolo como un animal violento. Es totalmente cierto que el caricaturista podría haber dibujado al presidente de un millón de formas diferentes. Pero ¿por qué debería hacerlo, si su único objetivo es realizar una crítica severa en contra del carácter autoritario del presidente? Vale la pena recordar que los casos que estamos analizando se caracterizan por el intento de presentar severas críticas contra un gobierno que falla en asegurar derechos constitucionales fundamentales a los grupos más desfavorecidos de la sociedad.

Asimismo, es cierto que las restricciones de "tiempo, lugar y modo" resisten, por lo general, el escrutinio judicial. Sin embargo, este hecho no significa que estas restricciones no merezcan ningún tipo de control. Como señaló Hazel Landwehr (1993: 171): "Aunque el gobierno pueda imponer regulaciones razonables sobre las conductas expresivas, incluso si tales regulaciones ocasionalmente afectan la expresión, el gobierno no puede censurar aparentando regular conductas".

Resulta notable que jueces tanto de la Corte Suprema de los Estados Unidos como de la Corte Europea de Derechos Humanos hayan coincidido en definir una lista de condiciones que las regulaciones de contenido neutral deben respetar, para poder ser ratificadas. Así, para esos dos tribunales se vuelve claro que estas regulaciones no pueden utilizarse para socavar opiniones políticas desfavorables, sino que deben servir a un importante interés del Estado, deben diseñarse del modo más acotado posible, deben dejar abiertos razonables medios alternativos de expresión y deben aplicarse de manera no discriminatoria.[32]

En el contexto europeo, probablemente más que en los Estados Unidos, "existe un grado razonable de consenso académico con respecto a la necesidad de proteger las manifestaciones públicas con el propósito de salvaguardar los intereses de las minorías" (Fenwick, 1999: 493). En general, se reconoce que

la negación de un espacio público para el ejercicio de los derechos

de expresión recae de forma diferente sobre distintos grupos: en los hechos, ello puede implicar que se les nieguen los derechos de libre expresión a ciertos grupos minoritarios que pueden tener la imposibilidad de manifestarse por otros medios (Fenwick, 1999: 494).

En los Estados Unidos la Corte Suprema ha tendido a ser muy respetuosa de las regulaciones de contenido neutrales, y las ha aceptado en la mayoría de los juicios.[33] Pero aun en este caso, la apertura de la Corte no significó que las reglas establecidas se volvieran irrelevantes; incluso si así fuera, por supuesto ello no daría motivos para no considerar más seriamente el significado de estándares razonables como los definidos por ambas Cortes. En particular, la estadounidense ha prestado atención al impacto diferencial de las regulaciones de contenido neutral, asegurándose de que el orador tuviera acceso a un "foro accesible, por el que pueda esperarse que circulen las personas a quienes desea dirigir su discurso".[34]

De acuerdo con lo anterior, en "Dr. Martin Luther King Jr. Movement c. City of Chicago" (419 F. Supp. 667) la Corte eliminó una regulación que impedía a las organizaciones de derechos civiles marchar por un barrio de blancos, dado que la idea de los manifestantes era llegar a ese público en especial; y en "Schneider c. State" eliminó una ordenanza que requería un permiso para cualquier actividad de solicitud de votos casa por casa (que en principio parecía una regulación de contenido neutral admisible) porque en realidad perjudicaba desproporcionadamente a los grupos con menos recursos.[35]

En la Argentina, el juez Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso sostuvo esta opinión en su voto en disidencia en el caso "Schifrin", cuando citó las opiniones judiciales de los Estados Unidos sobre este tema. [36]

P: Dos principios adicionales.

Existen al menos dos principios adicionales que vale la pena considerar y que podrían respaldar el punto de vista de los manifestantes. Llamaré al primero “principio de imparcialidad deliberativa”, y al segundo, “principio de violaciones sistemáticas”. Un caso como “Adderley c. Florida” (385 U.S. 39 [1966]) puede brindarnos un indicio respecto de lo que quiero decir con el primer principio. Ese caso suscita particular interés, entre otras razones porque implicó la presencia de “acciones directas” más violentas y la participación de grupos que enfrentaban una situación socioeconómica difícil. En “Adderley”, la Corte tuvo que decidir si se había condenado legítimamente a un grupo de manifestantes que había bloqueado la entrada de una prisión donde algunos de sus compañeros estaban arrestados por participar en una protesta por los derechos civiles. La mayoría de la Corte confirmó el arresto, pero en un fallo muy dividido (cinco votos contra cuatro). Sin embargo, es interesante prestar atención a la opinión de la minoría, compuesta por muchos de los jueces que habían suscrito la opinión mayoritaria en el caso “New York Times Company c. Sullivan”, incluido el juez Brennan, quien había pronunciado la opinión de la Corte en aquella oportunidad.[37] Honrando (desde mi punto de vista) los mismos principios de la democracia deliberativa esgrimidos en ese caso, la minoría en “Adderley” sostuvo una opinión brillante. Para ellos,

el derecho a peticionar por la reparación de agravios tiene una larga historia y no está limitado a escribir una carta o enviar un telegrama a un congresista; tampoco se reduce a presentarse ante el concejo local de la ciudad, o a escribir cartas al presidente, gobernador o alcalde. Los métodos [convencionales] de petición pueden ser, y a menudo han sido, inaccesibles para grandes grupos de nuestros ciudadanos. [Aquellos] que no hacen circular panfletos elaborados sólo pueden tener un tipo de acceso más limitado a las autoridades públicas. No debería considerarse que sus métodos son tácticas de obstrucción o acoso mientras la manifestación y la petición sean pacíficas, como de hecho estas eran.

En un intento por considerar seriamente las circunstancias contextuales que definían el caso, una parte de los miembros de la Corte reflexionó sobre las oportunidades con que los diferentes grupos contaban para presentar sus reclamos al resto de la sociedad, y en particular a las autoridades públicas. El tribunal reconoció que los grupos tenían grados de acceso sustancialmente diferentes a los espacios existentes y, a partir de este hecho y de la misma teoría deliberativa defendida en el caso "New York Times Company c. Sullivan", propuso un principio relevante: el de la distancia deliberativa. Dicho principio establecía que cuanto más marginado del debate público se ve un grupo por razones que están más allá de su propia responsabilidad, más sensible tiene que ser el Poder Judicial a las demandas de dicho grupo, y mayor protección debe otorgar a las formas de comunicación desafiantes que estos grupos eligen para presentar sus demandas.[38]

Por supuesto, tal criterio no implica que, debido a la situación difícil que enfrentan ciertos grupos, la Corte deba aceptar sus demandas o despreocuparse por la manera en que estas se presentan. El principio de la distancia deliberativa es agnóstico con respecto al resultado final de la decisión judicial, que en gran medida depende de los detalles particulares del caso. Sin embargo, el principio apela a una actitud diferente por parte de los miembros de la Corte, quienes no deberían evaluar los reclamos del grupo afectado y los medios elegidos para expresar esos reclamos como si los manifestantes fueran "miembros plenamente integrados de esa comunidad deliberativa".[39]

Los criterios esgrimidos por la minoría en el caso "Adderley" se oponen a los utilizados por los jueces argentinos, por ejemplo en "Schifrin" y otros fallos citados en este trabajo.[40] En ellos, el hecho de que la democracia argentina estuviera atravesando su más profunda crisis política o que los manifestantes tuvieran enormes dificultades para obtener la debida atención de las autoridades públicas no fueron tomados en cuenta seriamente. Sorprende que las reacciones de los jueces en todos estos casos hayan sido del mismo estilo. Decían que la Constitución insistía en la idea de que en una democracia representativa la única forma válida de expresión popular era el sufragio periódico (o que las formas de democracia semidirecta estaban "excluidas y prohibidas").[41]

Como lo hizo la mayoría en “New York Times Company c. Sullivan”, la minoría en “Adderley” reconoció dos elementos cruciales que –considero– siempre deberían guiar a la Corte en esta área del derecho. Por un lado, reconoció que en las democracias representativas los diferentes grupos deben tener oportunidades apropiadas para presentar sus demandas en público y criticar a las autoridades ante cualquier maltrato recibido de ellas. La ausencia de una adecuada posibilidad para presentar dichas demandas socava el estatus moral del sistema democrático, que basa la legitimidad de sus decisiones precisamente en la existencia de esa posibilidad.

Por otro lado, la Corte reconoció las diferentes y complejas formas en que el Estado estaba implicado en la creación de un indeseable escenario de exclusión y marginalidad. En primer lugar, el Estado no podía sólo deslindar su responsabilidad basándose sobre el hecho de que ciertos grupos estuvieran radicalmente separados de la arena deliberativa. En principio, existen buenas razones para asumir –a menos que se pruebe lo contrario– que ningún grupo se ubica a sí mismo en una situación de segregación o pobreza extrema. El Estado, se puede suponer razonablemente, siempre ha tenido una responsabilidad importante en la creación de estas situaciones de exclusión. En segundo lugar, el Estado es también responsable –a menos que se pruebe lo contrario– por la utilización de la ley para preservar un estado de cosas en las que aquellas situaciones de exclusión persisten consistentemente en el tiempo. Veámoslo en detalle.

Esta apertura gradual de ciertos jueces hacia mensajes y acciones disruptivos acompaña los cambios (igualmente lentos) que han sucedido dentro de las teorías deliberativas de la democracia en este sentido. Así, por ejemplo, al reseñar distintos puntos polémicos de la “acción comunicativa” habermasiana, David Estlund ha sostenido que, en condiciones de “asimetría de poder”, ciertos actos disruptivos pueden verse justificados como modos de devolver “cierto significado normativo plausible a las conclusiones [del discurso o sistema discursivo]”. La razón fundamental última de este enfoque es autorizar “el remedio de ciertas desviaciones respecto de un acuerdo deliberativo ideal valioso desde el punto de vista epistémico” (Estlund, 2005: 12).[42] Por razones similares,

Iris Young también ha afirmado la importancia de abrir espacios teóricos para el reconocimiento de acciones que desafían en forma directa las formas dominantes o más aceptadas de comunicación política.[43]

El segundo es el principio de violaciones sistemáticas, según el cual, cuando los manifestantes protestan como consecuencia de (lo que consideran) la violación sistemática de un derecho básico, las autoridades públicas deberían prestar especial atención al derecho particular en juego y al carácter de esas violaciones. La idea es que los jueces, en especial, no deberían ser indiferentes al hecho, muy común en las desiguales sociedades contemporáneas, de que ciertos grupos enfrentan situaciones de grandes privaciones que los han afectado durante extensos períodos. Cuando la injusticia es particularmente grave (dados los tipos de intereses afectados) y persistente en el tiempo, las autoridades públicas deberían estar abiertas a justificar o permitir acciones que en otras circunstancias sería correcto que reprocharan.

Esto es así, en primer lugar, porque (en muchos casos, al menos) los manifestantes enfrentan situaciones extremadamente difíciles que requieren atención urgente por parte de esas autoridades. En segundo lugar, estas ofensas –y, en especial, su carácter sistemático– refieren a la existencia de graves deficiencias de procedimiento, que pertenecen a un sistema institucional que, en el mejor de los casos, prueba ser incapaz de reparar los males existentes. En efecto, en estas situaciones extremas los grupos desfavorecidos son privados de bienes que –según han afirmado algunos filósofos como Amartya Sen, Martha Nussbaum o John Rawls– son básicos para cualquier plan de vida posible, y que en consecuencia sería irracional rechazar. Por tanto, el hecho de que se hayan convertido en grupos sistemáticamente excluidos del disfrute de estos bienes aparece como un indicio de persistentes y graves fallas en los procedimientos políticos existentes. En suma, estas ofensas sistemáticas nos sugieren que los grupos afectados atraviesan problemas políticos serios, ya sea para transmitir sus demandas a los representantes o para hacerlos responsables de sus errores.

Además, las dificultades persistentes que ellos sufren ponen de manifiesto los graves problemas judiciales que enfrentan, ya sea

para acceder al Poder Judicial o para forzar a los jueces a garantizar los derechos básicos que los poderes políticos no les garantizan. En esta situación, se puede concluir que la ley es ciega ante las privaciones de las personas, sorda a sus principales demandas o está poco dispuesta a remediar las humillaciones que sufren. En este sentido, puede considerarse que la ley es responsable por las privaciones que sufren estos grupos –como consecuencia de sus acciones, omisiones o ambas–. Esto explica por qué en estas circunstancias puede ser razonable que los magistrados, dispuestos a obrar con justicia, están abiertos a tolerar protestas que en otros casos podrían ser inadmisibles. Las situaciones extremas, particularmente cuando son provocadas o sostenidas por el Estado, pueden requerir medios extremos de protesta. En síntesis, y completando los principios examinados al revisar el caso "New York Times Company c. Sullivan", la idea sería que la expresión necesita una fuerte protección pública, especialmente cuando se refiere a manifestaciones políticas (en primer lugar, a críticas contra aquellos que están en el poder), y en mayor medida cuando quienes expresan estas opiniones son personas con dificultades importantes para acceder a los espacios públicos, e incluso más cuando estas enfrentan en forma sistemática situaciones de severa privación.

O: Los manifestantes están socavando la democracia.

Probablemente el punto más interesante de este debate se relacione con el argumento sobre la democracia, sobre todo con lo que los críticos denunciaron como el carácter antidemocrático de los manifestantes. Resulta notable encontrar referencias a este argumento en la gran mayoría de las decisiones judiciales al respecto, desde las primeras hasta las más recientes, desde las más "sofisticadas" hasta las más brutales o despiadadas, así como en las diferentes regiones del país y en todos los niveles judiciales.

De hecho, en una de las primeras decisiones sobre las protestas sociales, dictada en el extremo sur de la Argentina por el juez Napolitano, este afirmó que su misión era preservar el estado de derecho, ante los riesgos de permitir que la "construcción

institucional de la democracia" se viese "gradualmente […] erosionada".[44] La situación era en el fondo la misma en el extremo norte del país, donde el juez Cornejo[45] sostuvo que el bloqueo de una ruta "indudablemente" representaba un acto de "sedición" de acuerdo con el art. 22 de la CN, el cual establece que el país adopta una forma representativa de gobierno y condena los actos de quienes se atribuyan el derecho de representar a la gente. [46]

En una decisión más reciente e importante, adoptada por la principal Cámara Criminal de Apelaciones acerca del caso "Schifrin", se fue aún más lejos. En la parte central de su decisión la Cámara hizo referencia al argumento democrático para condenar a Marina Schifrin, una docente que había asumido un rol de liderazgo en el bloqueo. Citando a Miguel Ángel Ekmekdjian, la Cámara sostuvo que, de acuerdo con la Constitución argentina, sólo existía una forma legítima para la expresión de la soberanía del pueblo", que es el sufragio. Lo expresó en estos términos:

Por medio del sufragio el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política. Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio –tales como reuniones multitudinarias en plazas, reuniones en lugares públicos, encuestas, huelgas u otros medios de acción directa, vayan o no acompañados por las armas–, no reflejan la opinión mayoritaria del pueblo sino, a lo sumo, la de un grupo sedicioso.

La opinión de la Cámara se fundaba, una vez más, sobre el art. 22 de la CN.

Ahora bien, uno está tentando a decir que este uso reprochable (o más bien, y al menos en algunos casos, esta manipulación) del argumento democrático se vincula con la baja calidad de los jueces argentinos, quienes –según se supone– están menos preocupados por el gobierno de la ley y que no se ven limitados por la tradición del Common Law. Pero el hecho es que el uso (y abuso) del argumento democrático es muy común, y aparece aun en los

contextos legales más desarrollados.

En los Estados Unidos, por ejemplo, el argumento democrático ha desempeñado un papel de poca relevancia pero crucial en las discusiones acerca de la aplicación judicial de los derechos sociales. Lo más destacable es la manera en que el argumento ha sido invocado. A principios del siglo XX, jueces conservadores invalidaron legislación progresista invocando la "voluntad democrática del pueblo", que ellos alegaban encontrar en la Constitución. Estos jueces aludían a (lo que se podría llamar) una concepción pluralista de la democracia, en la cual una ciudadanía políticamente pasiva estaba sujeta a las decisiones de una élite tecnocrática encargada de la interpretación del "significado original y verdadero" de la Constitución.[47] En años recientes, los jueces conservadores invocaron el principio de restricción judicial para defender legislación conservadora. En este caso, a veces aplicaban (lo que se podría llamar) una concepción populista de la democracia, que reconocía en las (conservadoras) legislaturas estatales el locus de la democracia, cuya voluntad el Poder Judicial estaba obligado a proteger.

De este modo, también puede advertirse aquí lo que parece ser un uso manipulador del argumento democrático con el propósito de alcanzar soluciones (muy ideológicas) predeterminadas.

P: ¿En qué concepción de la democracia está pensando?

La apelación judicial al argumento democrático es sorprendente, tanto por la frecuencia como por la manera en que se ha usado y por lo endeble de la concepción de la democracia utilizada por los tribunales. Quisiera hacer algunos comentarios sobre estos dos últimos temas. Un caso como el de la jurisprudencia estadounidense, recién examinado, muestra los problemas de justificar la elección de una concepción democrática en particular, y también las dificultades de no mantener esa concepción de modo consistente.

A menudo los jueces no tienen opción: cualquiera sea su decisión, estarán diciendo algo acerca de la democracia –de manera explícita o implícita, voluntaria o involuntaria, con o sin su reconocimiento–. Algunas veces, simplemente, no hay escapatoria. Y cuando eso sucede, los jueces necesitan ser más abiertos, honestos y francos con su elección, en lugar de ocultar sus preferencias y criterios en este sentido. Además, necesitan brindar las razones de su decisión. No se les puede permitir ser simplistas ni superficiales, en especial cuando se reconoce el tremendo impacto que dicha decisión tiene para comprender, explicar y justificar sus determinaciones. Por último, no puede aceptarse que cambien fácilmente de una concepción a otra, sobre todo cuando se reconoce el impacto que estos cambios pueden tener en el contenido de sus decisiones.

El ejemplo argentino nos obliga a pensar sobre un problema un poco diferente, pero igual de grave. Por un lado, los tribunales argentinos han ido demasiado rápido para derivar conclusiones políticas específicas a partir de su modelo democrático inicial. Por otro lado, se vuelve difícil seguir el razonamiento de los jueces para concluir con ellos, a partir de sus premisas, que las manifestaciones populares deben ser consideradas, en principio, actos de sedición. Los problemas serían similares aunque se aceptara una versión más generosa de lo que la Corte dijo en aquellos casos. Y esto es así porque incluso las respuestas modestas a la pregunta de qué es una democracia representativa exigen el respeto de las opiniones disidentes.

Expongámoslo con mayor claridad: uno puede defender una democracia de baja intensidad, preferir la apatía política al sólido activismo político, e incluso estar dispuesto a desalentar la participación popular en política; pero aun en ese caso resulta difícil negar la importancia de proteger de modo muy especial a los disidentes políticos. En suma, no existen buenas razones para seguir el razonamiento de los tribunales argentinos, desde su dogmática defensa de la democracia representativa hasta su brutal criminalización de los manifestantes políticos.

Ahora bien, hay también mucho por decir, específicamente, con relación al entendimiento tan restrictivo de la democracia presentado por los jueces argentinos. En primer lugar, debería

mencionarse que esta opción parece desconcertante en todo contexto constitucional, pero sobre todo para un caso como el de la Argentina, que cuenta con una nueva Constitución –la de 1994– que incluye numerosos mecanismos sobre la participación directa del pueblo en política. Las opiniones de la Corte también parecen asombrosas cuando se toma en cuenta que la historia democrática argentina, como la de muchos otros países latinoamericanos, se caracteriza por una sólida participación popular, que se expresa en el alto porcentaje de votantes que se presentan en cada elección y en la frecuencia y la masividad de las manifestaciones populares que distinguen la vida política argentina.

Además, esta opinión parece contradecir los supuestos sobre la democracia que la Corte Suprema argentina expresó en muchas otras áreas del derecho; por ejemplo, en la mayoría de los casos relacionados con la libertad de expresión. En este sentido, podría mos preguntarnos con razón si una concepción más interesante de la democracia que la elegida por la Corte condenaría las críticas públicas intensas, las manifestaciones populares y las protestas sociales activas, en lugar de darles protección.

Considero que, respecto de la democracia, tanto en la Argentina como en los Estados Unidos (los dos principales casos analizados aquí) el Poder Judicial ha desarrollado una concepción más sólida y relevante, asociada con una noción deliberativa, en numerosos casos relacionados con la libertad de expresión. Mi opinión es que los jueces deberían también tener en cuenta esta concepción a la hora de ocuparse de las protestas sociales.

Por supuesto, no resulta obvio cuáles deberían ser sus respuestas concretas en estos casos, luego de adoptar una concepción de la democracia más robusta. Pero parece difícil negar que, si realmente estuvieran comprometidos con una teoría deliberativa de la democracia, habría una significativa diferencia entre sus decisiones y las que ellos redactan actualmente. Las teorías deliberativas, y en particular sus desarrollos más recientes (Young, 2000, 2001, Fung, 2005, Mansbridge, 2005, Estlund, 2005), parecen expresar una clara apertura a reconocer el valor e incluso la importancia de las expresiones disruptivas. Sin embargo, todavía es mucho lo que debemos investigar, antes de poder definir de modo más preciso

adónde nos conducen dichas teorías, en la evaluación de estos casos sociales difíciles, que surgen bajo circunstancias tan complejas como las que estamos atravesando.

▪

1 “Alais, Julio Alberto y otros s. recurso de casación”, causa nº 4859/04. Decisión del 23 de abril de 2004, Cámara Nacional de Casación Penal.

2 “Cox c. Louisiana”, 379 U.S. 536. La posición de la Corte ha variado de acuerdo al contexto y las diferentes características de los distintos casos bajo análisis. Sus decisiones variaron, por ejemplo, según la hora del día y el lugar en que se realizó la manifestación, la cantidad de participantes, los requisitos de seguridad, la posibilidad de llevar a cabo las manifestaciones en otros lugares, etc. Se explorarán algunas de estas variaciones, con más detalle, a continuación.

3 Véanse, por ejemplo, “People c. Knight”, 35 Misc. 2d 216, 228 N. Y. S. ad 981 (Magis. Ct. 1962); “Farmer c. Moses”, 232 F. Supp. 154 (S.D.N.Y.). La cuestión de si las manifestaciones habían obtenido o no un permiso ha generado también mucha discusión. En general, las Cortes han declarado admisibles estos requisitos (por ejemplo, “Cox c. New Hampshire”, 312 U.S. 569, 1941), aunque este no ha sido siempre el caso (“Freedman c. Maryland”, 380 U.S. 51, 1965). También fueron frecuentes las preguntas sobre si estos permisos constituían inadmisibles “restricciones previas” a la expresión. Podría pensarse que requisitos muy exigentes en este sentido podrían causar la “muerte a partir de mil cortes” para el derecho de protesta de los piqueteros. En el Viejo Continente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha declarado legales las autorizaciones previas, por ejemplo en “Rassemblement Jurassien Unité Jurassienne c. Switzerland”, aplicación nº 8191/78, 17 DR 93 (1979), en que ese tribunal sostuvo que la supeditación de reuniones masivas “a un proceso de autorización no limita normalmente la esencia del derecho”. Véase también Dutertre (2003: 336).

4 “Cameron c. Johnson”, 390 U.S. 611 (1968).

5 La Corte de los Estados Unidos utilizó algunos de estos argumentos en el histórico caso “Thornhill c. Alabama”, 310 U.S. 88 (1940). Véase, por ejemplo, Scout (1974). En un caso decidido unos días después del caso “Cameron”, y adoptando la opinión de la Corte, el juez Marshall declaró que, incluso si los piquetes son preocupantes, “el acceso a las calles, veredas, parques y otros espacios públicos similares” no podía “ser negado amplia ni absolutamente”, dada la importancia de esos espacios para el ejercicio de los derechos reconocidos en la Primera Enmienda (“Amalgamated Food Employees, Local 590 c. Logan Valley Plaza”, 391 U.S. 308, 1968, at 315).

6 Art. 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar, y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”. Art. 14 bis: “[1] El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. [2] Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. [3] El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con la participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la

familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

7 Esta respuesta es más interesante que las ofrecidas por los tribunales en ciertas ocasiones, de acuerdo con las cuales los derechos individuales algunas veces deberían ser sacrificados en nombre del interés general. La idea de que los derechos constitucionales podrían ser limitados por el "interés nacional", el "bien común" o el "bienestar general" aparece, por ejemplo, en "Retail, Wholesale and Department Store Union c. Dolphin Delivery" (2 SCR 573, 1986), una decisión adoptada por la Corte Suprema de Canadá en la cual el juez McIntyre reconoció que "en cualquier forma de piquete está involucrado algún elemento de expresión" (2 SCR 573: 591). Sin embargo, el juez luego afirmó que el costo social de los piquetes de trabajadores "es enorme, se pierden horas de trabajo y salarios, se interrumpen la producción y los servicios y se incrementan las tensiones generales dentro de la comunidad" (2 SCR 573: 591); y mantuvo, en su conclusión, que no deberían permitirse los piquetes si dañan a terceros (Moon, 1995). La eliminación de derechos en nombre de (alguna forma de) el "interés nacional" también ha sido común en la Argentina. Por ejemplo, en el (tristemente) célebre caso "C.H.A." (CSJN, 22 de noviembre de 1991), que involucraba los derechos de la comunidad homosexual, el juez de la Corte Suprema Antonio Boggiano (removido mediante juicio político en 2005) afirmó que los derechos de asociación de los homosexuales podrían ser restringidos porque, según su parecer, todas las asociaciones legales debían servir al "bien común", lo cual –asumía– no era el caso en esta oportunidad. Según Boggiano, la protección constitucional de derechos fundamentales encuentra sus límites en la necesidad y el deber de proteger la moralidad pública inherente al "bien común". A menudo para refutar la utilización de estos criterios se ha recurrido a las reflexiones de Dworkin sobre la naturaleza de los derechos y su carácter inviolable. Este fue, por ejemplo, el argumento utilizado por el juez Enrique Petracchi en el caso "C.H.A.", en que –citando a Ronald Dworkin– objetó la utilización de ideas como la del "interés nacional" como medio para la eliminación de derechos. Para él, conceptos como "interés nacional" o "bien común" eran términos muy abarcativos (y difusos), que a lo largo de la historia los gobiernos autoritarios habían utilizado como

excusa para limitar los derechos individuales.

8 Las citas corresponden a 312 U.S., 574.

9 “Schifrin, Mariana, causa nº 3905/02 s. recurso de casación”. La Corte también citó otros casos: Fallos, 199: 149 y 483; 200: 450; 249: 252; 262: 205; 268: 364; 283: 98 y 364; 296: 372.

10 En sus palabras: “Evaluamos este caso a partir de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate sobre cuestiones públicas debería ser desinhibido, sólido y abierto”. Además, y citando al juez Learned Hand, también sostuvo que la Primera Enmienda “presupone que las conclusiones correctas son más probablemente alcanzadas por una multiplicidad de voces, más que a través de cualquier tipo de selección arbitraria”.

11 Citando a John Stuart Mill, la Corte reconoció que incluso una declaración falsa puede hacer un valioso aporte al debate público, dado que genera “una percepción más clara y rápida de la verdad, producida por su colisión con el error”.

12 “Dicho privilegio a la crítica de las conductas de las autoridades públicas” –sostuvo la Corte– “es perfectamente análogo a la protección concedida a los funcionarios públicos cuando un ciudadano los demanda por difamación”.

13 Sólo para mencionar un ejemplo famoso y reciente, en el llamado “caso de la Legislatura”, que tuvo lugar el 20 de julio de 2004, el Poder Judicial ordenó el arresto de un grupo de quince manifestantes (que debieron pasar un año en prisión, hasta que afortunadamente la decisión fue revocada en septiembre de 2005), porque algunos de ellos (y sólo algunos) habían atacado con violencia la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires (por ejemplo, destruyeron parte de una de sus puertas principales y algunas ventanas). El caso fue escandaloso al menos por dos razones. Primero, en todas las pruebas fílmicas existentes quedaba claro que no todos los manifestantes habían participado en estas acciones violentas –algunos sólo estaban observando lo que los demás hacían–. Segundo, con el propósito de hacer de este un caso “ejemplar” o “demostrativo”, los jueces decidieron culpar a los manifestantes de “secuestro” [sic]. En su opinión, al rodear la

Legislatura (lo que los manifestantes hicieron durante un breve lapso) habían impedido a los legisladores abandonar el edificio, lo que implicaba que estos últimos habían sido secuestrados.

14 “La violencia piquetera”, La Nación, 11 de octubre de 2005.

15 Véanse, por ejemplo, “Pritchard c. Downie”, 326 F. 2d 323 (8º Cir. 1964); “Milk Wagon Drivers Local 753 c. Meadowmoor Dairies, Inc.”, 312 U.S. 287 (1941); “New Negro Alliance c. Sanitary Grocery Co.”, 303 U.S. 552 (1938).

16 Sin embargo, en el caso “Giboney c. Empire Storage”, 336 U.S. 490 (1949), la Corte excluyó los piquetes de la protección de la Primera Enmienda, argumentando que estos eran algo más que la expresión.

17 336 U.S. 490: 555, 578. Véanse estas referencias en Kalven (1965: 23).

18 Geoffrey Stone sostuvo una idea similar al afirmar que “casi todas las formas de comunicación interfieren necesariamente con algún interés legítimo del Estado. Los panfletos generan basura, los carteles y afiches pueden considerarse antiestéticos, el discurso público (amplificado o no) puede molestar a los transeúntes, los piquetes y marchas pueden obstruir el tránsito, y así sucesivamente” (Stone, 1974: 240).

19 “Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgaria”, 2 de octubre de 2001.

20 En el caso “NLRB c. Fruit Packers” (377 U.S. 58 [1964]), al examinar el tema de los piquetes, el juez Black sostuvo que, cuando la acción de movilización y de expresión están tan entrelazadas, la Corte debe “sopesar las circunstancias” y “evaluar la solidez de las razones presentadas” para la regulación de la actividad del piquete (377 U.S. 58: 77-78). Como sintetizó M. Scout (1974: 175), Black afirmó que “si la información transmitida por los piqueteros es legal, entonces realizar piquetes para transmitir esas ideas no puede ser considerado ilegal”.

21 “Texas c. Jonson”, 491 U.S. 397 (1989); “Tinker c. Des Moines

Community School District", 393 U.S. 503 (1969).

22 Lo afirmó Jeremy Waldron (2000: 382) al argumentar a favor de la importancia que tiene el ser confrontados por las situaciones de pobreza y en contra de la estrategia que algunos promueven para alejar la pobreza del espacio público visible: "Si la situación de ciertas personas en la sociedad es angustiante, entonces es importante que otras se angustien por ello; si la situación de algunas personas en la sociedad es de incomodidad, entonces es importante que otras estén incómodas".

23 "FCC c. Pacifica Found", 438 U.S. 726 (1978).

24 Por ejemplo, véase "Feiner c. New York", 340 U.S. 315 (1951).

25 Jane Mansbridge e Iris Marion Young, por ejemplo, afirman que las teorías deliberativas, mediante su énfasis en el consenso y el intercambio de argumentos y razones, han relegado erróneamente otras formas de comunicación, como la comunicación retórica y estratégica. En este sentido, Iris Young desafía la concepción de Jürgen Habermas sobre la democracia deliberativa por considerar que la discusión es el discurso privilegiado y legítimo en la esfera pública. En contra de la concepción de Habermas, Young sostiene que formas alternativas de expresión (que pueden incluir la retórica, las manifestaciones en las calles y las protestas) deberían ser consideradas formas valiosas de discurso. En su opinión, muchos de estos actos están orientados hacia la inclusión. "[En] una sociedad profundamente democrática –afirma– la presunción debería estar a favor de los manifestantes cuyo propósito es persuadir" (Young, 2000: 48). De manera similar, Mansbridge intenta oponerse a la concepción predominante de la democracia deliberativa. Ella afirma que "[muy] a menudo se ha percibido la deliberación como sólo dirigida a alcanzar un entendimiento que produce un consenso sustantivo", y se relega de manera indebida el conflicto. Sin embargo, "la buena deliberación también debería echar luz sobre el conflicto. Debería conducir a los participantes a un entendimiento más matizado de sí mismos y de sus intereses, idealmente menos influidos por ideas hegemónicas, de modo que pueda situarlos en conflicto abierto con otros participantes" (Mansbridge, 2005: 1-2).

26 307 U.S.: 501-518.

27 307 U.S.: 515-516. Yendo más allá de este principio, en el caso "Amalgamated Food Employees, Local 590 c. Logan Plaza Valley", 391 U.S. 308 (1968), la Corte reconoció el derecho de los trabajadores a organizar un piquete pacífico en un centro comercial. Sin embargo, el mismo tribunal se alejó de este principio en otros casos (véase, por ejemplo, "Hudgens c. NLRB", 424 U.S. 507 [1976]; o "Lloyd Corp. c. Tanner", 407 U.S. 551 [1972]); y también se negó a extender la categoría de "espacio público" a otros espacios no tradicionales (véase, por ejemplo, "Ikscon c. Lee", 112 S. Ct. 2701, 2718 [1992]).

28 Es llamativo que la Corte no aceptara el argumento de que los manifestantes habían dejado vías alternativas para que utilizaran los conductores. En su opinión, "este hecho no ha sido probado", e incluso si así hubiera sido, dichas acciones habrían sido ilegales, porque las leyes argentinas no sólo condenan la obstrucción total de las carreteras nacionales, sino también las acciones que "perturban o hacen más incómoda" la utilización de los servicios públicos.

29 "Creer c. Spock", 424 U.S. 828.

30 Salvo que estén diseñadas de modo estrecho y sirvan a un significativo interés del Estado. Véase, por ejemplo, "Burson c. Freeman", 504 U.S. 191 (1992).

31 "Linmark Associates, Inc. c. Township of Willingboro", 431 U.S. 85 (1977).

32 Véase, por ejemplo, "Grace c. United States", 461 U.S. 171, 195 (1983).

33 La Corte defiende, por ejemplo, regulaciones de este tipo cuando establece restricciones de tiempo, número de participantes, volumen al cual se amplifican los discursos o ubicación de los carteles. Véase O'Neill (1999: 476-477).

34 "Students Against Apartheid Coalition c. O'Neill", 660 F. Sup. 333, 339.

35 308 U.S. 147 (1939).

36 En esa oportunidad, el juez argentino citó la famosa opinión del juez Roberts en el caso “Hague, Mayor y otros c. Comittee for Industrial Organization y otros”, 307 U.S. 496 (1939): “las calles y parques se han destinado para uso del público y, a lo largo del tiempo, se han utilizado para la organización de asambleas, la comunicación de pensamientos entre ciudadanos y la discusión de cuestiones públicas”. Desde tiempos ancestrales, este uso de las calles y espacios públicos ha sido parte de los privilegios, las inmunidades, los derechos y las libertades de los ciudadanos. El privilegio de un ciudadano de los Estados Unidos de utilizar las calles y parques para comunicar sus opiniones sobre cuestiones nacionales puede regularse para el bien de todos; no es absoluto, sino relativo, y debe ser ejercido sujeto a la comodidad general y la conveniencia, y en consonancia con la paz y el buen orden; sin embargo, bajo la apariencia de regulación, no debe ser acotado o negado”.

37 En “Brown c. Louisiana” (383 U.S. 131 [1966]) –un caso similar, pero sin el voto del juez Brennan–, el grupo minoritario sostuvo la misma posición que en “Adderley”. En “Tinker c. Des Moines” (393 U.S. 503 [1969]) la mayoría de la Corte aceptó parte de los argumentos de la minoría (al menos respecto a una teoría más amplia del espacio público), y afirmó que la Primera Enmienda permitía “una regulación razonable de las actividades relacionadas con la expresión en circunstancias cuidadosamente restringidas”. Pero agregó que “no restringimos el ejercicio admisible de los derechos de la Primera Enmienda a una cabina telefónica, a los bordes de un panfleto, o a una discusión supervisada y ordenada en un aula de clase” (393 U.S. 503: 513).

38 Vale la pena resaltar la opinión del juez Frank Johnson, cuando hizo referencia a las enormes injusticias sufridas por los negros, que –como señaló Burke Marshall– “crearon un derecho de protesta ampliado para aquellos que habían sido maltratados” (Marshall, 1965: 789). En palabras de Johnson, su decisión requirió tomar en cuenta el “patrón casi continuo […] de acoso, intimidación, coerción, amenazas y, a veces, maltratos brutales hacia los manifestantes y otros miembros de su clase que estaban

involucrados en las manifestaciones con el propósito de incentivar a los negros para que intentaran inscribirse para votar y para que protestaran contra las prácticas discriminatorias de inscripción de los votantes en Alabama" ("Williams c. Wallace", 240 F. Supp. 100, 104 M. D. Ala 1965). Al encontrar que las "injusticias" eran "enormes", la Corte concedió el derecho para manifestarse de manera acorde.

39 Definiendo el principio de distancia deliberativa, el juez Brennan honró los compromisos teóricos esgrimidos por la Corte en el caso "New York Times Company c. Sullivan" de una manera más consistente que la mayoría en el caso "Adderley". De este modo, esta tolerancia y cuidado especial hacia aquellos que tienen más problemas para acceder al espacio público es por completo consistente con la idea, expresada en el caso previo, de acuerdo con la cual las autoridades públicas merecen un grado menor de protección (por ejemplo, con respecto a los tipos de críticas que pueden recibir del público), entre otras razones porque están particularmente bien posicionadas para responderles, debido al lugar privilegiado que ocupan en el espacio público. Esta idea parece también implicar la necesidad de otorgar más protección a aquellos que no están bien situados para expresar sus opiniones al resto de la sociedad.

40 Por ejemplo, con la que prevalece en la Cámara Nacional de Casación Penal argentina (equivalente a la Corte Suprema con respecto a los casos penales) que, entre otras razones, comienza su argumentación desde una concepción limitada de la democracia. En el caso "Alais" (23 de abril de 2004), esta cámara llegó a una conclusión restrictiva sobre cómo abordar los actos disruptivos. De acuerdo con el razonamiento de este tribunal, los elementos violentos que aparecían eran suficientes para negar la protección de los componentes expresivos presentes en la acción en cuestión. En este caso, de acuerdo con ese tribunal, un grupo de trabajadores había bloqueado una vía ferroviaria sin notificación previa a la policía, ocultando sus rostros con capuchas, y sin haber tomado en cuenta los derechos de los usuarios del tren (por ejemplo, sin haber considerado medios menos costosos desde el punto de vista social para llevar a cabo su protesta). En su razonamiento, el tribunal ignoró muchos argumentos alternativos que podían haber cambiado

la dirección de su decisión. Lo más preocupante fue que el tribunal tampoco mostró interés alguno en preservar el mensaje que los trabajadores querían transmitir ni tuvo en cuenta las dificultades de los manifestantes para acceder al espacio público, particularmente en un momento que venía a simbolizar el punto más alto de la crisis de representación política argentina (resumido en el lema del momento, "Que se vayan todos").

41 Juez Abel Cornejo, Juzgado Federal de Salta, 7 de junio de 2001.

42 De manera similar, Mansbridge intenta oponerse a la visión predominante de la democracia deliberativa. Afirma que "[muy] a menudo la deliberación ha sido percibida sólo como dirigida a alcanzar un entendimiento que produce un consenso sustantivo", relegándose indebidamente el conflicto. Sin embargo, agrega, "la buena deliberación también debería iluminar el conflicto. Debería conducir a los participantes a un entendimiento más matizado de sí mismos y de sus intereses, idealmente menos influenciados por ideas hegemónicas, de manera que pueda situarlos en conflicto abierto con otros participantes" (Mansbridge, 2005: 1-2). En cambio, David Estlund desafía las concepciones dominantes desde un enfoque epistémico de la democracia deliberativa. Para él, "una actividad política muy aguda, disruptiva e incluso informalmente represiva [puede ser incorporada] a un enfoque deliberativo de la política democrática, lo cual recupera una parte crucial de la promesa moral de la democracia tal como la conocemos a partir de la experiencia histórica" (Estlund, 2005: 19).

43 Para ella, "reunirse con los representantes de aquellos intereses típicamente atendidos por las relaciones institucionales existentes para discutir cómo abordar de manera más justa los temas que esas relaciones presuponen otorga a aquellas instituciones y al proceso deliberativo demasiada legitimidad. Coopta la energía de los ciudadanos comprometidos con la justicia, dejando poco tiempo para movilizar a las personas en busca de romper las restricciones institucionales y el proceso de toma de decisiones desde fuera" (Young, 2001: 682). Puede ser un "error cooperar con las políticas y los procesos que suponen restricciones institucionales injustas. El problema no es que las deliberaciones entre quienes toman las decisiones y los ciudadanos no logran elaborar argumentos, sino

que sus premisas de partida son inaceptables" (2001: 683).

44 Decisión del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Federal, julio de 1999.

45 Decisión del 14 de junio de 2001.

46 El art. 22 establece: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete delito de sedición". En apoyo de esta posición extrema, el juez Cornejo hizo referencia a las peticiones presentadas por los manifestantes, sin identificar su contenido.

47 En este sentido, el juez Robert Bork preguntó: "¿Por qué la Corte, un comité de nueve abogados, debería ser el único agente con capacidad para anular resultados democráticos?" (Bork, 1979). Otro juez conservador, Frank Easterbrook, llegó a la misma conclusión cuando afirmó la necesidad de interpretar la Constitución de acuerdo con lo que el pueblo escribió en dicho documento cientos de años atrás (Easterbrook, 1992).

3. Sobre el uso legítimo del poder coercitivo del Estado

¿Cómo justificar la acción penal en contextos de marcada desigualdad social?

Introducción

Este artículo trata acerca de la dificultad teórica para justificar el uso de la coerción penal en circunstancias caracterizadas por una fuerte e injustificada desigualdad social. La intuición que subyace al texto indica que, en esos contextos, se vuelve complejo sostener la justificación de la coerción penal, muy en particular ante los miembros más desfavorecidos de la sociedad. La afirmación requiere muchos matices, que intentaré analizar a lo largo de este escrito. De todas formas, y ante todo, quisiera dejar demarcado con mayor detalle el problema que encaro.

En primer lugar, diría que en la filosofía política actual no hay una discusión más importante que la referida al uso legítimo del poder coercitivo del Estado. Dicha reflexión es, simplemente, la más significativa en algunos de los principales trabajos producidos por la disciplina en el último siglo (Rawls, 1971). De allí el valor que adquieren interrogantes como los referidos a por qué debería obedecerse a la autoridad política si se disiente con ella, o pagarse impuestos que se destinan a financiar una guerra; o bien cuándo se justifican la desobediencia civil y la objeción de conciencia (acciones que, cabe notar, reconocen la validez general del derecho penal).

Asumo entonces, y como supuesto de este trabajo, la centralidad de la reflexión sobre la coerción estatal legítima. Y en relación con este supuesto, propongo introducir dos precisiones. En primer lugar, diría que si resulta difícil justificar el uso de la coerción estatal, en general, esa justificación se torna más difícil todavía cuando nos referimos a la coerción penal. Una vez que definimos el castigo como un sufrimiento impuesto de modo intencional –a raíz de la acción indebida cometida por algún individuo (véase, por ejemplo, Hart, 1968)–, o que aceptamos, al menos, que el daño impuesto es un elemento esencial del castigo (Bedau, 1991), entonces puede comprenderse mejor por qué es tan difícil justificar esta extendida práctica. Tal como lo ha manifestado Nicola Lacey (2001: 12, y

también 1995), el castigo, al ser “costoso tanto en términos humanos como financieros, además de una opción cuyas ventajas prácticas y morales suelen ser inciertas”, “coloca sobre el Estado la carga de la justificación”.

La segunda precisión que quiero introducir es la más importante para este trabajo, y tiene su propia secuencia lógica:

1. los problemas generales que encontramos para justificar el uso de la coerción estatal

2. se agravan cuando nos ocupamos de la coerción penal,

y –este es el punto–

3. se tornan de muy difícil resolución cuando lo que queremos es justificar dicha práctica de coerción penal en situaciones de profunda injusticia social.

En este estadío, dicha justificación pierde sustento, por una diversidad de razones que analizaré más abajo; pero aquí quisiera anticipar un problema particular.

En contextos de fuerte e injustificada desigualdad social, existe un riesgo serio de que los medios coercitivos del Estado sean utilizados a los fines de preservar esas mismas desigualdades que les dan marco. El debate que requiere esta afirmación es, en parte, empírico (aunque ese no será tema prioritario de mi análisis). Es habitual que se diga, por caso y razonablemente, que en tiempos de crisis económica las sociedades se vuelven menos tolerantes y castigan a los ofensores de un modo más duro (Carlen, 1989: 12). El centro de mi atención, en cambio, tiene que ver con la teoría. Ocurre que si

1. concebimos la democracia –como aquí lo hacemos– como un sistema que se justifica por su propensión a generar decisiones imparciales,

2. entendemos –como en este caso– que la imparcialidad se relaciona de manera indisoluble con la posibilidad de cada individuo y grupo de expresarse y ser tomado en cuenta en el foro público (Nino, 1996) y

3. partimos del supuesto de que existen amplios sectores de la población excluidos en forma real o virtual de la vida pública,

entonces,

4. contamos con razones para presumir que el ordenamiento vigente comenzará a tomar un sesgo a favor de aquellos que disponen de mayor influencia sobre el sistema de toma de decisiones (en definitiva, sobre la escritura, aplicación e interpretación del derecho). Dentro de este marco, la ya compleja tarea de la justificación de la coerción (penal, en este caso) se torna especialmente ardua. Es sobre este tipo de situaciones que me interesa reflexionar.[1]

Injusticia penal e injusticia social

La mayoría de los autores inscritos en el área de la justicia penal han reconocido explícitamente la importancia de la referida conexión entre las justicias penal y social, y han demostrado sus preocupaciones sobre ella. En las últimas décadas, este esfuerzo por conectar esas dos esferas de reflexión (penal, social) se ha tornado más evidente, al menos desde la publicación del influyente libro Doing Justice de Andrew von Hirsch (1976), cuyo último capítulo tiene por tema el “merecimiento justo en un mundo injusto”.[2] La

mayoría de los autores asociados con este punto de vista han reconocido, además, los problemas propios de esta conexión entre injusticia penal e injusticia social, y la manera en que podrían socavar la justificación del castigo.

Es notable que en la última oración del libro de Von Hirsch se sostenga que “mientras que a un segmento sustancial de la población se le nieguen oportunidades adecuadas para su sustento, cualquier esquema para castigar debe ser moralmente defectuoso”. Esta es una afirmación muy fuerte pero, aunque sorprenda, aparentemente es compartida por muchos otros doctrinarios influyentes en esta materia.

Autores como Jeffrie Murphy han llegado a conclusiones similares. Murphy apoya, en principio, una visión retributiva del castigo, pero a fin de cuentas su conclusión es que, “en buena medida, las sociedades modernas carecen del derecho moral de castigar” (1973: 221); por lo cual, “en ausencia de un cambio social significativo” las instituciones del castigo deben “ser resistidas por quienes toman los derechos humanos como moralmente serios” (1973: 222). Distinguidos filósofos del derecho, como H. L. Hart, parecen compartir esta visión. En opinión de ese autor, “debemos incorporar como condición de disculpa más profunda la presión de las formas groseras de la necesidad económica” (Hart, 1968: 51). Otros escritores ilustres en la materia, incluidos Andrew von Hirsch y Ted Honderich, parecen también persuadidos por este tipo de afirmaciones (Tonry, 1994: 153).

Todos estos autores, según entiendo, parecen estar realmente preocupados por lo que Antony Duff (1998, 2001) ha llamado “precondiciones de la responsabilidad delictiva”. En palabras de este autor, “cualquier explicación del castigo que dé un lugar central a la justicia del castigo al ofensor debe enfrentar el problema de si podemos castigar de modo justo a sujetos cuyas ofensas están estrechamente vinculadas con injusticias sociales serias que han sufrido” (Duff, 1998: 197).[3] Esto sería así porque la mayoría de los individuos y grupos que comparecen ante la justicia criminal “han sufrido formas de exclusión tan severas que las precondiciones esenciales de la responsabilidad criminal no resultan suficientemente satisfechas” (1998: 196). Entonces, y en la

medida en que esas condiciones injustas permanecen intocadas, los delincuentes no podrían ser juzgados de manera justa, condenados o castigados.

Derechos y democracia

En lo que sigue, quisiera examinar dos líneas argumentativas que confluyen para dar fundamento a nuestra crítica sobre la justificación del ejercicio de la coerción penal en sociedades desiguales. Se trata de las dos visiones que considero (por razones que iremos discutiendo) más plausibles y fructíferas en la materia, y que aparecen implícitas en los trabajos de autores como los citados en la sección anterior. Una de estas líneas argumentativas se basa sobre la idea de derechos, y la otra, sobre la idea de democracia. La primera se relaciona, más específicamente, con una posición de tipo contractualista, mientras que la segunda nos remite a una concepción particular –dialógica– de la democracia.

Derechos

La principal línea argumentativa a la que apelaba Jeffrie Murphy (1973) se vinculaba con el contractualismo, en una versión que remite tanto a Kant como a la noción rousseauniana de "voluntad general". El punto de partida de esta postura nos dice que el castigo puede justificarse, frente a cada individuo, si puede considerarse plausiblemente como producto del consentimiento personal, si resulta atendible que la decisión del Estado de castigar pueda reconstruirse como mi propia decisión (1973). Murphy retoma entonces la teoría kantiana sobre el castigo, basándola sobre la noción de "ventaja indebida" (unfair advantage): la idea es que la ley debe garantizar que quienes la desobedecen no queden en una posición beneficiosa injusta, en desmedro de aquellos que

voluntariamente deciden hacerlo. Desde este punto de vista, el papel del castigo es el de restablecer un equilibrio apropiado entre beneficios y obediencia. El castigo es visto entonces como una deuda pendiente respecto de los demás miembros de la comunidad, en su condición de sujetos respetuosos de un derecho justificado. En este marco se torna posible sostener, al menos en principio, que el propio sancionado consiente las penas que se le imponen: así, él no puede quejarse del reproche que recibe, porque sabía que era lo que le correspondía luego de tomar o intentar tomar una ventaja indebida. De este modo, diría Kant –según lo retoma Murphy–, las ideas de coerción y autonomía vuelven a ir de la mano.

A los fines de este trabajo, no pretendo suscribir una visión como la de Murphy a modo de fundamento y justificación del castigo. Me interesa, en cambio, la apelación que allí se hace a la lógica del contractualismo para pensar sobre los límites en el uso del aparato coercitivo estatal. Por ende, el problema que este esquema conceptual nos ayuda a identificar es el siguiente: en nuestras sociedades, muy a menudo, y al menos en relación con extensos sectores de la población, es difícil reconocer beneficios producidos por el accionar estatal como los que supone la teoría contractualista. Antes bien, suele ocurrir que los sectores más postergados de la comunidad se vean en una situación de grave desventaja por obra del Estado, que los libra a su suerte o los agrede de manera directa, instrumentando para eso el derecho penal. Luego –y en la medida en que la descripción anterior tenga alguna plausibilidad–, no queda en claro qué es lo que aquellos deben devolver al Estado. Precisamente esto se pregunta Murphy: ¿qué es lo que esas personas –que viven en condiciones paupérrimas– deben reciprocar al Estado? Para dar una respuesta, este autor retoma la sugerencia marxista según la cual la teoría retributiva es formalmente correcta pero materialmente inadecuada. Y concluye, por tanto, que “las sociedades modernas carecen de un derecho moral al castigo” (Murphy, 1973: 221), y que “en ausencia de un cambio social mayúsculo” deben oponer resistencia a las instituciones del castigo “todos aquellos que conciben los derechos humanos como algo moralmente serio” (1973: 222).

De modo similar, Nicola Lacey –quien ha realizado trabajos muy importantes en un área en la que confluyen las nociones de castigo,

comunidad y justicia social– ha sostenido que

si [es cierto que] una amplia proporción de ciertos grupos de ofensores está constituida por individuos cuyos derechos de ciudadanía básicos –tales como el derecho a la integridad física y sexual– han sido violados por abusos respecto de los cuales el Estado no los ha protegido, entonces este debe ser un factor relevante a la hora de determinar la naturaleza, si no el hecho mismo, de su castigo. Así también, y en un nivel todavía más básico, el hecho de que un ofensor haya recibido menos de lo que con justicia le corresponde de los recursos públicos, por ejemplo en educación, debe afectar […] otros aspectos relevantes de su sentencia (Lacey, 2001: 14).

Democracia

La segunda línea de argumentación que quiero explorar se relaciona con las nociones de democracia, procedimientos institucionales y "voz"; como la anterior, exhibe ecos lejanos del pensamiento rousseauniano. La idea principal, en tal sentido, es que las normas justificadas son aquellas respecto de las cuales puedo considerarme razonablemente su autor. En una comunidad integrada, autogobernada, cada persona puede mirar las normas vigentes y ver reflejadas en ellas, como en un espejo, las marcas de su propio rostro. El derecho aparece, entonces, como expresión viva de las convicciones propias de aquellos sujetos sobre los cuales se aplica. En ese contexto, no resulta un contrasentido sostener que alguien gana libertad convirtiéndose en "esclavo" del derecho. En el extremo opuesto de dicha situación, deberíamos esperar exactamente lo contrario: situaciones que describiría como de "alienación legal", en las que algunas personas empiezan a leer o a escuchar el derecho imposibilitadas de reconocer allí su propia voz. Lo que estas personas escuchan es una voz diferente, que les resulta ajena, incomprensible, extraña. Pero esa voz extraña, sin embargo, es la que cuenta con el respaldo de la fuerza estatal, lo cual le

permite imponerse contra la voluntad de aquellos que no comprenden, no adhieren, o directamente rechazan lo que ella dice.

La siguiente descripción que hace Antony Duff recupera lo que hemos dicho en el párrafo anterior, por medio de una idea de alienación como la que ya hemos citado, o como la que está presente –no por casualidad– en el análisis de Murphy. Dice Duff:

Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aun de un modo no buscado) se ven excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, normativamente excluidos –ya que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no refleja un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores– y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho –la voz con la cual la comunidad les habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos– les resulta extraña, una que no es ni podría ser de ellos, entonces la idea de que ellos, como ciudadanos, se ven atados a las leyes y deben responder a la comunidad se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo atinente al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se ven atados por el derecho. Sólo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos (Duff, 2001: 195-196).[4]

Tal como en el enfoque rousseauniano, Duff vincula el valor de la ley con la intervención decisiva de cada ciudadano en su creación. Y, también como Rousseau, asume que existe un problema mayúsculo cuando los individuos sobre los cuales cae el derecho con toda su fuerza no pueden considerarse, en un sentido relevante, autores del derecho.

Los párrafos anteriores esbozan los contornos de cierta idea de la democracia, a la que asociaría con (lo que actualmente se llama)

una concepción deliberativa (Elster, 1998). Según una reconstrucción posible de esta última, las normas democráticas se justifican sólo y en la medida en que puedan ser reconocidas como producto de una discusión inclusiva, esto es, una deliberación en la que han tomado parte "todos aquellos potencialmente afectados" (Habermas, 1996).

Los lazos entre esta lectura de la democracia y la visión que presentábamos en los párrafos anteriores parecen claros. En principio, ambas ponen un acento muy especial sobre la intervención de los propios afectados en la creación del derecho como condición para la aceptabilidad y respetabilidad de las normas. No resulta extraño, por tanto, que en los últimos tiempos el propio Duff haya explicitado las conexiones existentes entre sus trabajos sobre la justificación del castigo y la teoría deliberativa de la democracia (Duff y Marshall, 2007, Duff, Farmer y otros, 2007). A fin de cuentas, su acercamiento a dicha teoría es consistente con el que han hecho varios otros autores interesados desde el punto de vista teórico en la problemática del castigo, y con una mirada también crítica sobre este (De Greiff, 2002, Nino, 1996, Braithwaite y Pettit, 1990, Pettit y Braithwaite, 1994).

La teoría deliberativa de la democracia vincula la imparcialidad de las normas con procesos de discusión inclusivos y, por eso mismo, considera que en situaciones que ofenden alguno de esos compromisos básicos (decisiones que son el mero producto de la presión de grupos de interés o que se toman en el contexto de sociedades fuertemente excluyentes) aumenta en enorme medida el riesgo de que las políticas públicas resulten sesgadas a favor de quienes controlan el proceso de decisiones, o en contra de quienes son más ajenos a él. Y no como resultado de alguna teoría conspirativa, ni necesariamente como producto de la mala fe de los funcionarios de turno, sino como consecuencia de la natural dificultad que cada uno de nosotros tiene para ponerse en el lugar de los demás, conocer lo que resulta importante para ellos, o sopesar en la forma debida el valor que ellos asignan a aquello que les importa.

El tema tiene una significación obvia dentro de este trabajo, porque esa teoría nos ayuda a predecir que en esta área –relacionada con

los modos del ejercicio de la coerción penal– los niveles de exclusión social existentes y la falta de debate público sobre la materia van a redundar en un ejercicio muy sesgado e injustificado de dicha coerción.

Lo dicho parece encontrar un fuerte respaldo empírico cuando –por ejemplo, y de modo relevante– prestamos atención a la deplorable situación que lamentablemente caracteriza a las cárceles en la mayoría de nuestros países. En ellas, sin lugar a dudas, podemos reconocer de qué modo sociedades de composición social heterogénea producen sistemas carcelarios de composición homogénea, donde los grupos más desfavorecidos de la sociedad están claramente sobrerrepresentados. Este resultado inaceptable se debe a muchas razones, pero sin lugar a dudas, también, a los modos en que el derecho se escribe (cuáles son las faltas seleccionadas como delitos y cuáles no), se aplica y se interpreta.[5] Por último, la pretensión del Estado de hacer uso de la violencia que controla resulta decididamente cuestionable cuando los más afectados por esa violencia son los menos involucrados en el diseño, aplicación e interpretación de esas políticas de violencia.

Una presunción negativa

En la práctica, las dos líneas argumentativas exploradas en el parágrafo anterior marchan a la par, aunque tenga sentido examinarlas por separado. Cada una refiere a ejemplos demasiado comunes en nuestras sociedades. Situaciones como las del apartheid sudafricano, violaciones masivas de derechos humanos como las practicadas por la mayoría de las dictaduras latinoamericanas durante los años setenta o discriminaciones raciales extremas como las sufridas en los Estados Unidos por la comunidad afroamericana representan ejemplos muy visibles de entornos de violencia grave y sistemática sobre algunos grupos, que implicaron una ofensa severa sobre los derechos de los grupos afectados, imputables al Estado en control del monopolio de la fuerza. Por ello, los ejemplos mencionados son muy elocuentes como muestra de nuestra primera

línea teórica, relacionada con los derechos. Sin embargo, y como suele ocurrir, esos ejemplos son a la vez exponentes de nuestra segunda línea de investigación, relacionada con la democracia en general y la democracia deliberativa en especial. Al respecto, podríamos decir que los grupos entonces afectados –en Sudáfrica, en los Estados Unidos, en América Latina– se veían sistemáticamente privados de voz en sus respectivas comunidades, y que por esa razón el Estado no podía reclamar autoridad penal coercitiva sobre ellos.

Así, cualquiera de las dos vías teóricas exploradas al comienzo –la de los derechos o la de la democracia– nos habilita para llegar al mismo resultado en relación con ciertas situaciones extremas: la pérdida de autoridad justificada por parte del Estado para ejercer la coerción penal en los modos en que lo ha venido haciendo. También podríamos decir –como ya han dicho otros– que esa pérdida de autoridad se relaciona con agravios producidos por la autoridad al frente del gobierno y derivados de graves violaciones sustantivas (de derechos) y procedimentales (democráticas) efectuadas por esa autoridad. Esta fue, por ejemplo, la estrategia seguida por Thomas Jefferson y parte de la dirigencia revolucionaria estadounidense a la hora de redactar la Declaración de la Independencia.[6]

De todos modos, en el caso aquí bajo estudio no me interesa (como podía interesar a Jefferson) hacer referencia a los modos en que ciertas fallas sustantivas y procedimentales pueden poner en cuestión las bases jurídicas mismas de la comunidad. El caso sobre el cual hago foco es más específico desde la perspectiva jurídica, ya que me refiero a la justificación del uso de la violencia penal por parte del Estado en situaciones sociales extremas, relacionadas con la existencia de radicales condiciones de exclusión.

Mi análisis tampoco pretende sugerir la existencia de relaciones automáticas del tipo exclusión social = disolución del Código Penal. La idea en la que pienso es diferente, más acotada. Lo que afirmo es que, en circunstancias sociales tan extremas como las descritas, tenemos razones para ser mucho más exigentes respecto de los modos en que el Estado ejerce la violencia penal. En lugar de presumir, como lo hacemos hoy, que el ejercicio del poder punitivo

se justifica en todos los casos, debemos obligar al Estado a que justifique su gestión, dado el contexto social existente, del que es responsable directo. Uno podría decir que, en ese contexto, la presunción debe invertirse hasta tanto el Estado no demuestre que está haciendo esfuerzos genuinos y visibles para cambiar la situación que sostiene y que implica enormes y graves violaciones de derechos. Resistiendo las reducciones al absurdo en que suele incurrir el poder en estos casos (cuando reclama, por ejemplo, que "el Estado aumentó el salario mínimo, entonces el poder punitivo hoy se justifica"), lo sugerido implica perpetuar una presunción negativa respecto de la justificación del accionar estatal, hasta tanto el cambio de actitud estatal sea manifiesto para todos, oficialistas y opositores: debe resultar claro para cualquiera que el Estado está dirigiendo todas sus energías a poner fin a las injusticias que hasta hoy sus acciones y omisiones han auspiciado.

Objeciones

En esta sección quisiera examinar algunas críticas posibles, ya conocidas, sobre posiciones como las que aquí se mantienen.

Las condiciones de la obligación política

Una observación habitual entre quienes desconfían de esta línea de análisis señala que la alegada exclusión que se toma como base para señalar la falta de autoridad del derecho no es tal. Ello se debe, entre otros factores, al significativo hecho de que ricos y pobres, privilegiados y desfavorecidos cuentan todos con idéntico derecho al voto, que les permite influir de un modo no irrelevante en el sistema de toma de decisiones.[7] A ello se suma la circunstancia de que, en todas nuestras democracias, los más postergados están investidos de un derecho a la queja: pueden salir a la calle,

manifestarse y hacer conocer a otros sus puntos de vista. Por lo demás, según se alega, la propia historia de nuestros países ratifica lo observado, porque nuestros respectivos poderes parlamentarios suelen contar con representación obrera, así como de partidos que asumen como propios los intereses de los grupos más postergados. Del mismo modo, podría decirse, los medios de comunicación no escatiman imágenes o referencias a la situación de los grupos desvalidos, razón por la cual no resultaría veraz sostener que ellos están invisibilizados, ausentes de la escena pública.

En mi opinión, la línea de argumentación anterior resulta difícil de sostener. En primer lugar, su punto de partida es una idea demasiado débil o poco exigente de la obligación política. En las décadas de "separados pero iguales",[8] por ejemplo, los afroamericanos en los Estados Unidos podían contar con el derecho al voto, pero ello no impedía la presencia de ofensas gravísimas inducidas desde el Estado y que en los hechos implicaban un tratamiento de "ciudadanía de segunda clase". Sistemáticamente, y por razones ajenas a su responsabilidad, los miembros de la comunidad afroamericana tenían entonces un acceso a una educación, salud o a un servicio de transporte de calidad muy inferior a la de aquellos que se reservaban para la mayoría blanca. Y el hecho de que pudieran votar no disminuía la gravedad de las faltas del Estado, ni su eventual derecho a desafiar o desconocer la autoridad del Estado.

En este sentido, podría agregarse, el sistema representativo en una mayoría de democracias occidentales sufre de fallas graves, que dificultan que los ciudadanos puedan ganar control sobre el proceso de toma de decisiones y responsabilizar por sus omisiones o faltas a los principales artífices de las políticas públicas que se adoptan. De allí que esos sistemas puedan convivir con situaciones de marginación extremas u ofensas gravísimas contra ciertos segmentos de la comunidad. Nada de ello es desmentido por la existencia de algún fallo judicial favorable a algún individuo de bajos recursos, la presencia en el Congreso de algún diputado identificado con los intereses de quienes están peor o algunas imágenes televisivas que se regodean con las quejas o miserias de algunos pobres.

Además, la objeción bajo examen fracasa por asumir que el único caso serio capaz de justificar una ruptura en los deberes de obediencia es el que se deriva de situaciones de máxima exclusión política, esto es, la aparición de una dictadura. Contra dicho criterio, me interesa señalar que la pérdida de autoridad política puede derivarse no sólo de la "ausencia de voz" de los marginados, o de la ruptura democrática (la llegada de una dictadura), sino también, y de modo especial, a partir de la presencia de graves y sistemáticas violaciones de derechos.

Decir lo anterior no implica desconocer que, en una sociedad decente, el respeto por los derechos puede resultar imperfecto; que en ella pueden darse ocasionales violaciones de derechos contra algún individuo o grupo. Una sociedad decente es compatible con esas fallas eventuales. Entiendo, sin embargo, que resulta incompatible con la presencia de violaciones de derechos sistemáticas y graves. En esos casos, pierde sentido la afirmación según la cual "los más desaventajados están participando en el sistema institucional, así que no hay razones para tratarlos como excluidos". El cuestionamiento que realizamos no depende exclusivamente de la mayor o menor inclusión política de los desfavorecidos (de todos modos, aquí no concedería que la mera existencia del derecho al voto elimina las razones que tienen los marginados para considerarse excluidos del sistema político). Nuestro cuestionamiento a la autoridad coercitiva se sostiene si es que podemos considerar, como es razonable, que los miembros más débiles de la sociedad se encuentran afectados por graves y sistemáticas violaciones de derechos.

Los más desaventajados necesitan el orden legal

Una variante del argumento anterior diría que, si bien alegaciones como las nuestras son verosímiles, no resultan suficientes para probar lo que pretendemos probar. Así, puede ser cierto lo que dijimos: que sistemas políticos imperfectos tienden a generar graves violaciones de derechos. Sin embargo, también parecen verdaderas

y factibles algunas alternativas institucionales que sólo prometen agravar las violaciones de derechos de las que nos quejábamos. Según esta crítica, impugnar la autoridad coercitiva sólo puede traer consigo consecuencias desastrosas, sobre todo para quienes peor están. Así, se nos dice que este previsible resultado sólo terminaría empeorando la suerte de aquellos a quienes más nos interesa proteger. En efecto, en un contexto en que comienza a resultar habitual la desobediencia del derecho o el desconocimiento de la autoridad jurídica de los decisores, ¿qué puede esperarse sino el caos, la violencia social y –peor aún– la violencia o venganza privada hacia los grupos sobre los cuales existen mayores prejuicios?

Explorar una variante de esta línea argumentativa ha sido la tentativa de autores muy reconocidos en el ámbito local, como el profesor italiano Luigi Ferrajoli o –con matices diferentes– el argentino Eugenio Zaffaroni. Todos ellos consideran que la justicia debe comprometerse con la aplicación moderada o limitada de castigos, debido a una serie de premisas relacionadas de modo muy directo con las consecuencias trágicas que la ausencia del derecho penal podría generar. El profesor italiano, en particular, hace referencia a dos razones especiales. Por un lado, menciona la necesidad de favorecer el fin de prevención general negativa, que busca maximizar la utilidad de la mayoría (Ferrajoli, 1997: 332). En segundo lugar, alude al servicio que puede prestar la pena en tren de minimizar el "malestar necesario de los desviados" [sic], lo que convierte en injusta cualquier pena "agravada más allá de lo necesario para quienes deben sufrirla". Allí aparece otro criterio, al que denomina "el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal": el de impedir "la mayor reacción –informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal– que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella". La pena aparece, entonces, como una forma de minimizar la "reacción violenta al delito" (1997: 332).[9]

Sin embargo, lo expuesto resulta problemático por varios motivos. Por un lado, en ningún momento este autor nos ofrece una validación empírica (o siquiera referencias a ella) que sea capaz de fundar la conexión causal que establece entre ausencia de penas

(que no es lo mismo que ausencia de reproche estatal) y venganza privada.[10] Por otro lado, si lo que se quiere es evitar los riesgos de la venganza privada, ¿por qué no diseñar entonces estrategias protectoras de los acusados o responsables de ciertas ofensas, en lugar de encerrarlos, privándolos de sus libertades básicas?[11] De manera muy especial, quienes adoptan visiones tan críticas de la pena requieren explicaciones extraordinarias si es que pretenden demostrar que esta, a pesar de todo, es una herramienta necesaria que se justifica en contextos tan dramáticos como los que vivimos.[12]

Y qué decir frente a quienes sostienen que un cuestionamiento como el que ofrecemos implica poner en discusión todo uso posible del aparato coercitivo estatal (dando lugar, entonces, a una sociedad con un Estado virtualmente ausente en la que rija la "ley del más fuerte").[13]

Esta pregunta, según entiendo, es compleja, pero presupone que en este escrito se hacen afirmaciones que en realidad no sólo no se hacen sino que directamente se rechazan. En primer lugar, debería aclarar que aquí el objetivo es examinar de manera crítica la justificación del uso de la coerción en ciertas condiciones contextuales, y no elaborar propuesta alguna de política pública acerca de cómo debería ejercerse dicho poder. Para tornar más comprensible lo que digo, pensemos en el siguiente ejemplo. Imaginemos que un Estado estipulara la tortura como práctica habitual contra sus detenidos, y sostuviera –como suele decirse en esos casos– que la utiliza porque es el único medio realmente efectivo para asegurar ciertos beneficios urgentes y deseables para todos (por ejemplo, evitar inminentes actos terroristas).[14] Frente a dicha práctica, la afirmación de un principio incondicional de no tortura (basado, por caso, sobre el respeto de la igual dignidad humana o los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de derechos humanos) no merecería ser respondida con ideas polémicas y empíricamente cuestionables del tipo "Haciéndole caso a usted, la persecución del terrorismo se torna imposible"; ni mucho menos con acusaciones por el estilo de "Usted entonces está a favor del terrorismo". Nuestro cuestionamiento inicial parte de un punto filosófico, que requiere una respuesta proveniente de ese mismo campo filosófico. Por otro lado, respuestas como la citada –si

es que quieren tener algún peso en la argumentación general– deben estar mejor respaldadas en términos empíricos: no basta con proclamar simplemente "Así se termina con la posibilidad de perseguir al terrorismo"; o "Con lo que usted propone, cae todo el sistema de persecución penal". Por lo demás, la discusión sobre ciertos aspectos centrales de una política penal (la tortura, el uso de penas de privación de libertad en contextos de fuerte desigualdad) no implica necesariamente un cuestionamiento a los demás aspectos de dicha política. De modo análogo podemos decir, frente a una política económica de fuerte intervención estatal, que la expropiación sin debido proceso no se justifica. Ello no implica sostener, sin embargo, que los restantes aspectos del plan económico vigente sean cuestionables en igual medida. Tal vez lo sean, tal vez no, y cada uno de esos casos deberá pensarse por separado.

Más aún, existe un problema, en el cual ahora no profundizaré, en considerar que quien hace una crítica de principios a cierta práctica abusiva debe –si es que quiere actuar de modo responsable– contar con propuestas acabadas acerca de las mejores alternativas políticas capaces de reemplazar la práctica criticada. Una vez más, quien sostiene que no debe perseguirse al terrorismo por medio de la tortura no necesita contar con un plan alternativo, viable, sobre cómo combatirlo con éxito para poder sostener su crítica.

Por último, existen razones especiales para concentrar nuestro cuestionamiento sobre los modos en que el Estado hace uso de la coerción penal (en lugar de discutir globalmente al Estado). Ello se debe a los riesgos extraordinarios que implica esa práctica coercitiva en materia de violación de derechos. Y todavía más cuando, cotidianamente, nos encontramos frente a una práctica de violaciones masivas y graves de derechos (por ejemplo, de los detenidos y procesados), que son en parte un producto directo de los modos en que se ejerce la coerción penal. Por supuesto, de ningún modo esto niega el valor de examinar todos los demás abusos que cometa el Estado, o de iniciar un examen crítico más global sobre los modos en que el Estado ejerce su autoridad.

La responsabilidad penal

Hay una pregunta que sería crucial responder en este contexto. ¿La discusión anterior supone la afirmación de que los pobres y marginados ya no deberían ser considerados penalmente responsables de sus crímenes, dado el tipo de padecimientos que –según se alega– han sufrido de manos del Estado? La respuesta breve a tal interrogante es que no. Existe, al respecto, una discusión larga y no demasiado alentadora que ha llevado adelante parte de la doctrina penal.

En el ámbito anglosajón, el debate se vio subrepticiamente impulsado luego de un fallo de mediados del siglo pasado, en el que –de modo inesperado– un juez puso en cuestión la posibilidad de responsabilizar a un acusado de crímenes horrendos, de resultas del origen social tan trágico (rotten social background) del que provenía. Se trataba del juez Bazelon y el caso involucraba un doble asesinato cometido por un hombre negro, absolutamente desposeído, a quien le gritaron insultos racistas en la entrada de un bar. El juez, frente al caso concreto, se decidió por adoptar un principio de irresponsabilidad muy amplio, que incluyera no sólo la discapacidad mental, sino también los efectos de situaciones de desventaja social extremas. En su sentencia, así como en algunos escritos que la siguieron, Bazelon llamó la atención sobre la importancia de tomar en cuenta las condiciones socioeconómicas del acusado. Además, se refirió a la conexión que encontraba entre crímenes violentos y la distribución de la riqueza. En sus palabras, "existe una conexión causal significativa entre el crimen violento y un origen social de extrema pobreza". Por eso propuso la adopción de medidas redistributivas (a favor de aquellos que no recibían su parte correspondiente en la distribución económica), a la vez que sostuvo el valor de una defensa basada en ese origen social. Bazelon recibió entonces sólo unos pocos respaldos, en medio de críticas numerosas y filosas (Bazelon, 1976a, 1976b, Delgado, 1985, Green, 2009, Hudson, 1995, Moore, 1985, Morse, 1976a, 1976b, Tonry, 1995).

Entre los defensores y continuadores de la postura de este juez, se

destaca el trabajo de Richard Delgado, quien investigó sobre qué crímenes podía aplicarse una defensa como la sugerida por Bazelon. Exploró, además, las opciones que podían quedar al alcance del juez, aunque las objeciones recibidas por la presentación de este se multiplicaron. Entre ellas sobresalen las que presentó el reconocido teórico penal Michael Moore, para quien enfoques como el de Bazelon implicaban tratar a los miembros de los sectores desaventajados como "menos que humanos" (as less than human; Moore, 1985). Para Moore, por lo demás, dicha mirada sobre los desvalidos a menudo implica "elitismo y condescendencia".[15]

Según entiendo, la discusión anterior ha quedado encallada en un lugar de difícil salida. Las respuestas al problema planteado, por lo demás, prometen no ser nunca satisfactorias a la vez para las dos partes en disputa. En parte por ello, he preferido dejar entre paréntesis la cuestión de la responsabilidad penal de los pobres. Ocurre que el análisis que aquí se presenta no depende de una respuesta previa a esta compleja cuestión. Ya lo señaló el profesor Antony Duff: para insistir con la misma pregunta frente al Estado –"¿Quién es usted para reprocharme algo?"–, uno no necesita negar la responsabilidad de los marginados por los crímenes que cometen.

En algunas ocasiones alguien podrá seguir ensayando, en beneficio de los más postergados, una defensa que afirme que en parte sus acciones pueden ser excusadas como consecuencia de la "coacción propia de las circunstancias, por ejemplo, o la falta de oportunidades para adquirir artículos normalmente disponibles por medios no criminales"; o aun justificadas (en parte) si el crimen puede ser visto como una manera de remediar la injusticia (Duff, 2004: 258).[16] En su importante trabajo Malign Neglect, Michael Tonry (1995) explora esta línea de reflexión, para sostener que, en todo caso, los jueces deben introducir mitigaciones cuando llegan al momento de pronunciar su sentencia, no cuando deben definir la culpabilidad del ofensor. De ese modo, será factible contemplar de forma apropiada sus preocupaciones por las circunstancias que llevaron al ofensor a cometer el crimen, y al hacerlo rechazar la idea tradicional de "merecimiento justo", sin necesidad de iniciar reflexiones sobre la (no) responsabilidad penal de los desaventajados (Tonry, 1995: 127; McCoy, 1997: 604).

Sin embargo, el punto que me interesa afirmar es que, a la hora de pronunciarse en un caso, los jurados o jueces no sólo deben determinar si hay pruebas suficientes para definir si alguien es culpable o inocente y reflexionar sobre los límites posibles de la responsabilidad penal de los más desaventajados (discusión que, como viéramos, presenta extraordinarias complicaciones). En esas situaciones debe determinarse, también, y de modo significativo, si quienes juzgan tienen o carecen del "standing legal o moral" para juzgar al delincuente. La pregunta, en términos más generales, debe ser si nosotros, como miembros del sistema de gobierno que hoy debe decidir en este caso, "no hemos tratado al delincuente como a un ciudadano. Las dramáticas condiciones sociales que afectaron el derecho de alguien de vivir una vida decente, no necesariamente exculpan al delincuente, pero pueden condicionar la posición del Estado para condenarlo".[17] Para Duff, "nosotros mismos, que mantenemos o toleramos un sistema social y legal que perpetra groseras injusticias, difícilmente podemos alegar el derecho de castigar a aquellos que actúan injustamente" (Duff, 1986: 229).[18]

La cuestión de la transición

Otro tema importante, siempre presente cuando se analizan cuestiones como las que aquí tratamos, tiene que ver con el "mientras tanto", es decir, con la pregunta de la transición. Así, lo habitual en el crítico es sugerir que reconoce aspectos centrales de argumentaciones como las que hemos presentado, pero que necesita saber qué vamos a hacer en el tránsito "hacia allí", desde la actualidad de la injusticia penal hasta el momento en que lleguemos a un estadío de justicia social más plena. ¿Vamos a dejar libres a todos los que están detenidos? ¿Ya no vamos a perseguir más a ningún criminal?

En parte, mi respuesta sigue a la formulada por Duff en su libro Punishment, Communication and Community (2001). Allí, Duff da cuenta de que tiempo atrás aceptaba la sugerencia de suspender el recurso a una teoría tan exigente (sobre las precondiciones de la

responsabilidad penal), hasta tanto no se estuviera más cerca de satisfacer tales condiciones. Ello así por ser una teoría "demasiado alejada de la vida humana como para servir de guía o finalidad para nuestras propias prácticas" (Duff, 2001: 198). Sin embargo, en el libro citado Duff opta por no dar ese paso y mantenerse en la defensa de una teoría exigente. Las razones de este cambio de postura son varias, incluida su convicción de que "cualquier teoría plausible sobre el castigo debe reconocer que su legitimidad se ve seriamente afectada por la no satisfacción [de requerimientos básicos] que es propia de nuestras sociedades" (2001: 198).

Por mi parte, a dichas razones agregaría algunas otras.

Ante todo, la actitud de "dar luz verde" al poder punitivo estatal en condiciones de extrema desigualdad no es, desde luego, una manera de "seguir haciendo que se respeten los derechos, a pesar de todo". Por el contrario, y por razones como las señaladas más arriba, en tales contextos el ejercicio del poder punitivo tiende a ser de inequívoca arbitrariedad, sesgado, inaceptablemente selectivo, y por eso la fuerza se ejerce sólo sobre los más débiles. Debemos ser conscientes, entonces, de que ante el grupo de los más vulnerables, la continuidad de ese ejercicio hipersesgado del poder punitivo es una causa crucial en la preservación de una situación violadora de derechos, y no lo contrario.

Tampoco debemos perder de vista que, en la práctica, el sistema penal tiende a castigar un porcentaje ínfimo de los crímenes que se cometen en la sociedad. Es decir, no es cierto que con la resistencia al poder punitivo que aconsejamos, la situación en cuanto a los crímenes castigados vaya a cambiar en forma radical: más del 90 o 95% de los crímenes producidos seguirán impunes.

No debe olvidarse que nuestra crítica a los modos en que se ejerce la justicia penal no pretende extenderse inmediatamente a otras

áreas del accionar estatal. Como ya tuvimos ocasión de señalar, la gravedad de la violencia que se ejerce en el área penal amerita una revisión crítica más urgente y por separado. Por lo dicho, el Estado podría seguir ejerciendo, en estos contextos, tareas preventivas y de protección básicas, en honor de los "deberes naturales" (como los había denominado John Rawls) de cada cual, de respeto hacia los demás. Por ende, el Estado podría seguir teniendo el deber de protegernos contra la violencia doméstica o seguir custodiándonos frente a la presencia de un asesino serial.

Nuestra crítica a los injustificados modos en que se ejerce la violencia estatal abre un espacio para la búsqueda de formas alternativas de resolución de conflictos penales, más respetuosas de los derechos de las personas involucradas (por ejemplo, al concertar un el encuentro entre víctima y victimario).

Es bueno recordar que todo el derecho penal se erige sobre la idea de la ultima ratio, es decir, sobre la presunción negativa que dice que el derecho penal no debe ser utilizado nunca… con la excepción de casos absolutamente extremos. Lo que sucede es que, con el correr de los años, las autoridades estatales tanto como los doctrinarios han comenzado a distender sus preocupaciones al respecto, para aceptar la aplicación del derecho penal (contra el principio de la ultima ratio), indiscriminadamente, en cualquier caso, y con absoluta ligereza.[19]

Por supuesto, el tránsito por estas zonas difíciles del derecho torna muy compleja la tarea de todos los miembros de la comunidad jurídica: ¿hasta dónde resultaría justificado actuar? ¿Qué es lo mejor que podemos hacer, en situaciones tan complicadas como las descritas, para no caer en acciones u omisiones indebidas? Nadie niega la importancia y gravedad de este tipo de interrogantes. Sin embargo, no debemos utilizar estas dificultades –como suele suceder– a modo de excusa para seguir respaldando o avalando lo inaceptable. La presencia de casos muy difíciles nos da razones para

pensar más crítica y detenidamente y no, en cambio, para seguir actuando de forma injustificada, dada la complejidad de los problemas planteados.

▪

1 Mi escrito no incluirá, entonces, reflexiones particulares sobre qué reproches podrían ser justificados en una comunidad "bien ordenada". He hecho algunas reflexiones al respecto en otros textos (Gargarella, 2008).

2 Desde hace un tiempo, también, han aparecido intentos destinados a mostrar las continuidades existentes entre los principios que rigen la justicia distributiva y los que rigen la justicia retributiva; de allí, la relevancia de las consideraciones de justicia social a la hora de pensar sobre la responsabilidad penal (Rawls, 1955, 1971, Sadurski, 1985, 1989).

3 Duff ha adoptado esta visión en los últimos años, después de un largo período en el cual –según su testimonio– no se animaba a dar semejante paso. Véase Duff (2001: cap. 5.3).

4 También para Duff (1986: 229), "no podemos decir, al menos sobre muchos criminales, que ellos se han apropiado de modo indebido de ciertas ventajas, por medio de sus crímenes". En muchos casos, los castigos no pueden verse como un modo de "restablecer un balance equitativo de cargas y beneficios, pero ese balance no existía de antemano".

5 En efecto, parece que, o bien estamos eligiendo castigar crímenes que son cometidos ante todo por personas desfavorecidas o que, dentro de esos crímenes seleccionados, el sistema penal demuestra tener un sesgo sistemático contra los derechos e intereses de los desfavorecidos, esto es, aquellos sistemáticamente seleccionados como objeto por el aparato represivo del Estado.

6 Se trató, en dicha ocasión, de listar la "larga cadena de abusos" cometidos por las autoridades inglesas, en ofensa de los derechos básicos de los estadounidenses, contra su fundamental derecho al autogobierno. Dichos abusos –se alegaba– privaban al gobierno

británico de autoridad jurídica sobre los nuevos territorios.

7 Una lectura crítica, significativa, sobre la obligación política, en Simmons (1996).

8 Cuando regían las más severas discriminaciones contra los afroamericanos, y se les impedía, en forma legal, tener acceso a los mismos edificios o sectores que se habilitaban para los blancos. Este régimen diferenciado fue reconocido como constitucional por la Corte Suprema estadounidense, en 1896, en el caso "Plessy c. Ferguson", 163 U.S. 537.

9 A fin de cuentas, Ferrajoli ve su proyecto justificatorio como "histórica y sociológicamente" relativo. Para él, "la gravedad y cantidad de las penas ha de ajustarse en suma a la gravedad y cantidad de la violencia que se expresa en la sociedad y al grado de su intolerabilidad social" (Ferrajoli, 1997: 344). Y concluye: "Bajo este aspecto es indudable que la sociedad contemporánea es incomparablemente menos violenta" que sociedades pasadas.

10 Enfatizo este aspecto de la justificación dada por Ferrajoli para la pena, dado que él mismo admite –en la sección de su libro dedicada a ello– que "es dudosa la idoneidad del derecho penal para satisfacer eficazmente" su primer objetivo, el de prevenir el delito, dadas las "complejas razones sociales, psicológicas y culturales de los delitos, ciertamente no neutralizables mediante el mero temor a las penas" (Ferrajoli, 1997: 334).

11 De modo similar, Zaffaroni señala que, si los jueces no aceptaran aplicar ciertas dosis mínimas de represión penal, "las restantes agencias y, en especial, el formidable aparato de propaganda del sistema penal con su invención de la realidad […] se ocuparían de aniquilar a la agencia (al acusado del caso) y a sus legítimas tentativas limitadoras, apuntalando su ejercicio de poder deslegitimado y poniendo en peligro toda la empresa judicial de limitación de la violencia" (Zaffaroni, 2003: 284; véase también Zaffaroni, 2006). Pueden notarse las consecuencias nefastas de este tipo de visiones en casos recientes resueltos por la Corte Suprema de nuestro país –con el claro aval del jurista argentino– como "García Méndez", en que –aduciendo que de ese modo se protegía a menores en situación de calle– se justificó el encierro. Luego de

publicado el fallo, la jueza Carmen Argibay dijo: “No podíamos mandar estos chicos a la calle sin averiguar qué pasa. Si hacíamos eso, estaríamos ofreciendo blancos móviles. No se olviden de que en la Argentina existe el gatillo fácil” (“La Corte protegió a los chicos, dijo la jueza Argibay”, La Nación, 4 de diciembre de 2008; disponible en <www.lanacion.com.ar>).

12 La falta de apoyatura empírica que señalábamos se torna más seria cuando vemos las conexiones existentes entre su propia defensa del minimalismo y el maximalismo penal que atribuye al accionar mayoritario. Por último, y como veíamos poco antes, Ferrajoli presenta al “garantismo penal” como contracara de la “democracia política”. En tal sentido, si por ejemplo fuera cierto el vínculo que Ferrajoli señala entre neopunitivismo y decisión mayoritaria, él tendría un mejor apoyo para avanzar su propuesta. Sin embargo, el nexo que aquí se establece presenta al menos dos problemas serios. En primer lugar, Ferrajoli no toma de la praxis ningún elemento que ofrecer como respaldo serio para su propuesta. Bien podría ser, por ejemplo, que dicha conexión entre mayoritarismo y neopunitivismo fuera más azarosa, o más compleja, o menos unidireccional que lo que él alega. Pero ocurre además, que hay buenos estudios empíricos que socavan sus dichos, y que muestran, por ejemplo, que la mayor intervención popular en el área penal y la deliberación democrática sobre la cuestión no terminan necesariamente en un apoyo a propuestas consistentemente más punitivistas, sino más bien lo contrario. En todo caso –y aun asumiendo lo que no asumo, es decir, el carácter polémico de estos últimos estudios–, lo que resulta claro es que Ferrajoli no puede seguir sosteniendo su defensa del minimalismo penal de la manera en que lo hace: tal defensa falla en su base empírica, tanto como en su apoyatura teórica.

13 Una lúcida discusión al respecto, en Hudson (1995: 68).

14 Véase Posner y Vermeule (2007).

15 Michael Tonry objeta la idea de Moore conforme a la cual el derecho no debería tener en cuenta la simpatía que podemos sentir por aquellos criminales cuyo crimen fue causado por factores tales como la adversidad social o el abuso psicológico durante la infancia. Para Tonry, estas consideraciones de Moore sobre las

desventajas sociales son contradictorias con lo que ha escrito, en general, sobre el castigo. Así, “parece haber una inconsistencia entre el hecho de que esté preparado para confiar en las intuiciones punitivas e invocarlas como bases para sus argumentos sobre la justicia de los esquemas retributivistas penales, y la desconfianza respecto de las intuiciones de simpatía que rechaza como base para argumentos sobre la justicia de los esquemas punitivos basados en la empatía” (Tonry, 1995: 143).

16 Sobre la diferencia entre la justificación y las excusas, véase Fletcher (1978).

17 Hay una discusión importante aquí, respecto de si estas justificaciones o excusas cubren sólo a aquellos más directamente ofendidos por el Estado, o también a aquellos que actúan en su nombre, y se afirma (no sin razón) que también se consideran ofendidos por la actitud irrespetuosa del Estado.

18 Para desarrollar su opinión sobre el tema, Duff utiliza el concepto de “desestimación”. La idea es que hay algunos trial-barring plea (solicitudes de exclusión de juicio), de acuerdo con los cuales “la conducta previa del acusado limita la capacidad legal para poder juzgarlo” (Duff, 1986: 250). Este concepto ha sido usado dentro del derecho civil con el fin de impedir ciertas demandas (por ejemplo, si prometiera a mi inquilino que no le exigiré pagarme el alquiler entero que me debe, entonces terminaría el derecho de demandarlo por el alquiler completo). Duff trata de trasladar este concepto al área del derecho penal.

19 De modo más radical, parte de lo más importante de la doctrina penal de nuestro tiempo defiende posturas cercanas al denominado “minimalismo penal”, que procura tomar más en serio aquel compromiso con la ultima ratio (Ferrajoli, 2008; Zaffaroni, 2006). Entiendo, sin embargo, que esta saludable iniciativa tampoco ha sido mantenida de un modo debidamente consistente.

Epílogo

La protesta social hoy

El año 2001 nos expuso, entre tantas otras cosas, a renovadas formas de conflicto, y así también a nuevos debates relacionados con la llamada protesta social. Hoy, a casi tres lustros de aquel estallido de crisis, tiene sentido que reflexionemos sobre lo que hemos ido aprendiendo en la materia y, más aún, sobre todo lo que nos falta hacer al respecto. La publicación de esta nueva versión (ampliada) de mi trabajo inicial sobre la protesta me da una buena razón, y me ofrece una interesante oportunidad, para retomar críticamente aquellas ideas.

En principio –y esto resulta auspicioso– puede decirse que la discusión, y en particular la discusión jurídica en la materia, ha mejorado algo desde 2001. En aquel momento algunos jueces se apresuraron a señalar, sin mayores fundamentos, que quienes disrumpían la escena pública con sus quejas eran "sediciosos" que atacaban al sistema democrático. En lugar de preguntarse por los agravios que sufrían los manifestantes, los jueces los procesaban –después de llamar a la policía– como si se tratara de peligrosos delincuentes. Hoy en día, afortunadamente, la práctica judicial ya no es la misma. Todos los jueces parecen reconocer, al menos, que no cualquier respuesta está a su alcance –que no tienen vía libre para decidir de cualquier modo, y bajo cualquier argumento– y que tienen la obligación de justificar más cuidadosamente sus decisiones en la materia. Por otro lado, todos ellos parecen estar alertados, también, de que el punto de reposo de la discusión –y de la respuesta judicial– no puede ser simplemente el de la criminalización, el del procesamiento de los manifestantes. En la actualidad se sabe que existen criterios diferentes y bien fundados,

que al menos merecen ser tomados en cuenta, en vez de ser pasados por alto. Bienvenido todo ello. De todos modos, y a pesar de lo dicho, corresponde agregar que nuestros progresos en el área han resultado limitados. A continuación, discutiré cinco breves aspectos de esta cuestión.

En primer lugar, creo que muchos de los doctrinarios que hemos escrito sobre la materia hemos contribuido a "fetichizar" la idea de la protesta social, en pos de resaltar su importancia, y por ende el valor de asegurar para la protesta una protección especial. Hemos hecho tanto énfasis en esta defensa de los reclamos que muchas veces hemos terminado por olvidarnos de lo más importante: que quienes protestan no lo hacen con la mera intención de reivindicar sus derechos civiles (por ejemplo, la libertad de expresión), sino, ante todo, porque padecen graves violaciones de derechos sociales. Necesitamos dejar en claro, entonces, que nos interesa resguardar la protesta; entre otras cosas, porque nos ayuda a conocer el tipo de violaciones de derechos que sufren algunos compatriotas y la gravedad que es propia de tales afectaciones de derechos.

En segundo lugar, lo ya señalado nos llama la atención sobre el vínculo entre protesta y democracia. Es importante destacar siempre, pero por sobre todo en contextos de democracias muy imperfectas como el nuestro –imperfectas porque en la práctica se desalienta la participación popular; por la concentración de poder existente; por la destrucción de los mecanismos de control cívico sobre el gobierno, provocada por las propias autoridades bajo control; por la degradación que distingue al sistema representativo vigente; etc.–, que la protesta desempeña un papel fundamental. Ella pone el foco de la atención pública sobre ciertos problemas respecto de los cuales el sistema político tendería a desentenderse. Con esto, nos da una ayuda imprescindible para que el proceso de toma de decisiones no se sesgue (aún más) en dirección a los poderosos, ni ignore necesidades fundamentales de los grupos que tienen mayores dificultades de acceso al foro público. Por mi parte, subrayaría que la protesta merece una protección (antes que un rechazo) muy especial, dada su contribución al debate democrático. Y ello aunque la protesta se realice de modo desprolijo o ruidoso o desordenado; o su contenido resulte más o menos justificado: en contextos institucionales derruidos, como el nuestro, no podemos

permitirnos desconocer el contenido de estos reclamos. Además, esa protección da por sentado lo que no siempre se da por sentado: que la ciudadanía no protesta por "deporte" o porque no tiene otra cosa que hacer, sino porque se ve acuciada por alguna necesidad, más o menos justificada.

En tercer lugar, señalaría que a lo largo de estos años muchos analistas y activistas han desarrollado una mirada demasiado "plana" acerca de las protestas, igualando a todas ellas en cuanto compartían un elemento común: el corte de una ruta. Esta mirada simplista tampoco nos ayuda a preguntarnos por lo que más importa. Por ejemplo: ¿cuál es la gravedad del derecho afectado en cada caso? O también: ¿cuáles son las alternativas efectivas con que cuentan quienes protestan para expresar su queja? Lamentablemente, sin este tipo de precisiones no podemos distinguir entre la protesta "del campo", la de los estudiantes secundarios y la de un grupo de desocupados.

En cuarto lugar, muchos jueces siguen aproximándose a la protesta equívocamente, guiados por la torpe lógica del "activismo o pasivismo". Dicha lógica los lleva a oscilar entre intervenciones innecesariamente persecutorias frente a quienes protestan y actitudes de indebida prescindencia, a veces disfrazadas bajo el manto del "garantismo". De esta forma, los jueces dejan de lado lo mucho e importante que pueden hacer frente al conflicto social, mediando, discutiendo con las partes, formando mesas de diálogo, abriendo puertas de salida a aspectos parciales del conflicto (a fin de cuentas, ser garantista no significa "no hacer nada", en materia penal, por temor a los excesos represivos del Estado, sino "hacer algo" crucial: contribuir a garantizar los derechos básicos de todos).

Para concluir, quisiera subrayar las faltas propias del poder político-económico en esta materia. Solemos escuchar orgullosas declaraciones de que en la Argentina ya "no se reprime la protesta social". De por sí, esa afirmación es fácticamente falsa (las decenas de muertos en situaciones de protesta social, durante estos últimos años, desmienten de modo rotundo el aserto). Pero lo que resulta más preocupante todavía es la preservación de las estructuras políticas y económicas que dan motivo y razón a las protestas, o la creación de otras nuevas. En el área del petróleo y la minería, en el

sector de los agronegocios o en los talleres clandestinos que brotan en los centros urbanos, encontramos fenómenos semejantes, que implican violaciones de derechos que se traducen, por caso, en el desplazamiento de poblaciones campesinas, la hostilidad que sufren las comunidades indígenas o la persecución, el espionaje y maltrato que a veces recaen sobre los disidentes políticos. Aquel tipo de estructuras y alianzas, en definitiva, ayuda a explicar la agresión de que son objeto tantos grupos desaventajados en todo el país.

En suma, es cierto que –desde 2001 y hasta la fecha– hemos mejorado algo en nuestra práctica y en nuestra discusión pública en torno a la protesta social. Sin embargo, también es cierto que, en todo sentido, nuestros avances han quedado demasiado cerca de lo que fuera el principio, un principio que nos daba temor y que nos avergonzaba, impulsándonos a reaccionar, también desde el derecho.

Bibliografía sugerida

Esta lista bibliográfica no pretende ser de ningún modo exhaustiva sobre aquello que merece leerse por parte de quienes estén interesados en entender y evaluar mejor el fenómeno de la protesta social. La lista recopila, simplemente, algunos de los textos que tuve presentes cuando expuse las ideas transcritas en las páginas anteriores. Incluye los nombres de filósofos políticos y jurídicos que han pensado sobre los límites del derecho (y situaciones del tipo de desobediencia civil), como John Rawls, Jürgen Habermas y, sobre todo, Ronald Dworkin. También incorpora algunos nombres fundamentales a la hora de pensar en la sociología de la violencia, como Charles Tilly. Otros textos, como los de Javier Auyero o Maristella Svampa, están incluidos porque se destacan entre los muchos escritos en la misma época para entender situaciones de conflicto social particulares, como la crisis que siguió a 2001 en la Argentina. Se menciona, además, el trabajo de algunos juristas que se han ocupado de la relación entre derecho y protesta, tanto desde una posición reflexiva y abierta –por ejemplo, Owen Fiss– como desde un punto de vista más bien dogmático y conservador.

Auyero, J. (2002a), “Fuego, carpas y barricadas. Retratos de la beligerancia popular en la Argentina democrática”, Nueva Sociedad, 179, Caracas, mayo-junio: 144-162.

— (2002b), “La geografía de la protesta”, Trabajo y Sociedad, nº 4, vol. III, Santiago del Estero, marzo-abril, disponible en <www.unse.edu.ar>.

— (2003), La protesta. Retratos de la beligerancia popular en la Argentina democrática, Buenos Aires, Libros del Rojas.

Badeni, G. (1999), Derecho constitucional. Libertades y garantías, Buenos Aires, Ad Hoc.

Cassagne, J. (2002), “Reflexiones sobre los cacerolazos”, Buenos Aires, La Ley, 2002-C-1398.

CELS (2003), El Estado frente a la protesta social, Buenos Aires, Siglo XXI.

Cohen, M. (1972), “Liberalism and Disobedience”, Philosophy and Public Affairs, 1(3): 283-314.

Dworkin, R. (1984), Los derechos en serio, Barcelona, Ariel.

Ekmekdjian, M. (1994), Tratado de derecho constitucional, Buenos Aires, Depalma.

Ferreyra, G. (2003), La constitución vulnerable, Buenos Aires, Hammurabi.

Fiss, O. (1997), Libertad de expresión y estructura social, México, Fontamara.

— (1998), “The Unruly Character of Politics”, McGeorge Law Review, 29: 1. [ed. cast.: “El carácter indócil de la política”, Lecciones y ensayos, 80: 41-62. Disponible en <www.derecho.uba.ar/publicaciones>].

Gargarella, R. (2005a), El derecho a la protesta, Buenos Aires, Ad Hoc.

— (2005b), El derecho a resistir el derecho, Buenos Aires, Miño y Dávila.

Gelli, M. A. (2003), Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, Buenos Aires, La Ley.

Giarraca, N. (2001), La protesta social en la Argentina. Transformaciones económicas y crisis social en el interior del país, Buenos Aires, Alianza.

Habermas, J. (1994), "La desobediencia civil", en Ensayos políticos, Barcelona, Península.

H.I.J.O.S., La criminalización de la protesta social, La Plata, La Grieta.

Holmes, S. y C. Sunstein (1999), The Cost of Rights, Nueva York, Norton & Co. [ed. cast.: El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015].

Knox, J. (1994), On Rebellion, Cambridge, Cambridge University Press.

Lobato, M. y J. Suriano (2003), La protesta social en la Argentina, México, FCE.

Lodola, G. (2001), “Social Reactions to Economic Adjustment in Argentina. Roadblocks in the 90’s”, Buenos Aires, Universidad Di Tella, mimeo.

McAdam, D., S. Tarrow y C. Tilly (2001), Dynamics of Contention, Harvard, Cambridge University Press.

Naishtat, F., F. Schuster, G. Nardacchione y S. Pereyra (comps., 2005), Tomar la palabra. Estudios sobre protesta social y acción colectiva en la Argentina contemporánea, Buenos Aires, Prometeo.

Nino, C. (1992), Fundamentos de derecho constitucional, Buenos Aires, Astrea.

Rawls, J. (1971), A Theory of Justice, Harvard, Cambridge University Press. [ed. cast.: Teoría de la justicia, México, FCE, 1978].

Sagüés, N. (2000), “Derechos y contraderechos”, El Derecho, 186: 827 y ss.

Siegel, R. (2004), “The Jurisgenerative Role of Social Movements in United States Constitutional Law”, ponencia ante el SELA, Oaxaca, México, disponible en <www.law.yale.edu/documents>.

Suárez, F. (1944), Selections from Three Works, Óxford, Clarendon

Press [originales, previamente eds. al cuidado de C. Berton y A. T. Duval: Opera Omnia, Bruselas, Culture et Civilisation, 1963].

Sunstein, C. (1993), The Partial Constitution, Cambridge, Harvard University Press.

Svampa, M. y S. Pereira (2003), Entre la ruta y el barrio, Buenos Aires, Biblos.

Tarrow, S. (1998), Power in Movement, Nueva York, Cambridge University Press.

Tilly, C. (2003), The Politics of Collective Violence, Harvard, Cambridge University Press.

Waldron, J. (1999), Law and Disagreement, Óxford, Oxford University Press.

Zaffaroni, E. (2002), “El derecho penal y la criminalización de la protesta social”, Jurisprudencia Argentina, 4: 385.

Referencias bibliográficas

Alschuler, A. (1991), “The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea for Less Aggregation”, The University of Chicago Law Review, 58(3): 901-951.

Ashworth, A. (1991), Principles of Criminal Law, Óxford, Criminal Law.

Badeni, G. (1999a), “Formas de libertinaje”, Clarín, 17 de mayo.

— (1999b), Derecho constitucional. Libertades y garantías, Buenos Aires, Ad Hoc.

— (2001), “La convivencia democrática”, La Ley, 2001-E: 1286.

Bazelon, D. (1976a), “The Morality of the Criminal Law”, Southern California Law Review, 49: 385-405.

— (1976b), “The Morality of the Criminal Law: A Rejoinder to Professor Morse”, Southern California Law Review, 49: 1269.

— (1988), Questioning Authority: Justice and the Criminal Law, Nueva York, Knopf.

Bedau, H. (1991), “Punitive Violence and Its Alternatives”, en J. Brady y N. Garver (eds.), Justice, Law, and Violence, Filadelfia, Temple University Press: 193-209.

Bork, R. (1979), “The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution”, Washington University Law Quarterly, 1979 (3): 695.

Bottoms, A. (1995), “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en C. Clarkson y R. Morgan (eds.), The Politics of Sentencing Reform, Óxford, Clarendon Press.

Braithwaite, J. y P. Pettit (1990), Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law, Óxford, Clarendon Press [ed. cast.: No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015].

Carlen, P. (1989), “Crime, Inequality and Sentencing”, en R. Duff y D. Garland, A Reader on Punishment, Óxford, Oxford University Press: 306-332.

— (1992), “Criminal Women and Criminal Justice: The Limits to, and Potential of, Feminist and Left Realist Perspectives”, en R. Matthews y J. Young (eds.), Issues in Realist Criminology, Londres, Sage.

Cassagne, J. (2002), “Reflexiones sobre los ‘cacerolazos’”, La Ley, 2002-C-1398.

Cox, A. (1951), “Strikes, Picketing and the Constitution”, Vanderbilt Law Review, 4: 574-602.

De Greiff, P. (2002), “Deliberative Democracy and Punishment”,

Buffalo Criminal Law Review, 5(2): 373-403.

Delgado, R. (1985), “Rotten Social Background: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?”, Law and Inequality, 3: 9-90.

Drexler, J. y M. Hames-Garcia (2004), “Disruption and Democracy: Challenges to Consensus and Communication”, The Good Society, 13(2): 56-60.

Drèze, J. y A. Sen (1989), Hunger and Public Action, Óxford, Clarendon Press.

Duff, A. (1986), Trials and Punishments, Cambridge, Cambridge University Press.

— (1998), “Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability”, Oxford Journal of Legal Studies, 18: 189-206.

— (2001), Punishment, Communication, and Community, Óxford, Oxford University Press.

— (2004), “I Might Be Guilty, But You Can’t Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial”, Ohio State Journal of Criminal Law, 1: 245.

— (2008), “Authority and Responsibility in International Criminal Law”, en S. Besson y J. Tasioulas (eds.), Philosophy of International Law, Óxford, Oxford University Press.

Duff, A. y D. Garland (1994), A Reader on Punishment, Óxford, Oxford University Press.

Duff, R. A. y S. Marshall (1996), Penal Theory and Practice, Mánchester, Manchester University Press.

— (2007), “Criminal Responsibility and Public Reason”, Law and Philosophy, 224.

Duff, Farmer y otros (2007), The Trial on Trial, vol. 3: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial, Óxford, Hart.

Dutertre, G. (2003), Key Case-Law Extracts. European Court of Human Rights, Estrasburgo, Council of Europe Publishing.

Dworkin, R. (1997a), “In Praise of Theory”, Arizona State Law Journal, 29: 354.

— (1997b), “Reply”, Arizona State Law Journal, 29: 431.

— (1997c), Freedom’s Law, Cambridge, Harvard University Press.

— (2006), Justice in Robes, Londres, Belknap Press.

Easterbrook, F. (1992), “Abstraction and Authority”, University of Chicago Law Review, 59: 349.

Elster, J. (1986), “The Market and the Forum”, en J. Elster y A. Hylland (eds.), Foundations of Social Choice Theory, Cambridge, Cambridge University Press.

— (1998), Deliberative Democracy, Cambridge, Cambridge University Press.

Ely, J. (1981), “Democracy and the Right to be different”, New York University Law Review, 56: 397-405.

— (1991), Democracy and Distrust, Cambridge, Harvard University Press.

Estlund, D. (2005), “Democracy and the Real Speech Situation”, trabajo presentado en IVR Conference, Granada.

Fabre, C. (2000), Social Rights under the Constitution. Government and the Decent life, Óxford, Oxford University Press.

Fenwick, H. (1999), “The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation”, The Modern Law Review, 62(4): 491-514.

Ferrajoli, L. (1997), Derecho y razón, Madrid, Trotta.

— (2008), Democracia y garantismo, Madrid, Trotta.

Fiss, O. (1998), “The Unruly Character of Politics”, McGeorge Law Review, 29: 1 [ed. cast.: “El carácter indócil de la política”, Lecciones y ensayos, 80: 41-62, disponible en <www.derecho.uba.ar/publicaciones>.]

Fletcher, G. P. (1978), Rethinking Criminal Law, Boston–Toronto, Little, Brown.

Fung, A. (2005), “Deliberation before the Revolution. Towards an Ethics of Deliberative Democracy in an Unjust World”, Political Theory, 33(2): 397-419.

Gargarella, R. (2008), De la injusticia penal a la justicia social, Bogotá, Siglo del Hombre.

Gewirth, A. (1978), Reason and Morality, Chicago, Chicago University Press.

Green, S. (2009), “Hard Times, Hard Time: Retributive Justice for Unjustly Disadvantaged Offenders”, disponible en <ssm.com/abstract=1511732>.

Habermas, J. (1996), Between Facts and Norms, Cambridge, MIT Press. [ed. cast.: Facticidad y validez, Madrid, Trotta, 2010.]

Hart, H. (1968), Punishment and Responsibility, Óxford, Oxford University Press.

Heffernan, W. (2000), “Social Justice / Criminal Justice”, en W. Heffernan y J. Kleinig (eds.), From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law, Óxford, Oxford University Press.

Heffernan, W. y J. Kleinig (2000), From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law, Óxford, Oxford University Press.

Honderich, T. (1985), “Punishment, the New Retributivism, and Political Philosophy”, en P. Griffiths (ed.), Philosophy and Practice.

Houtzager, P. (2007), “El movimiento de los sin tierra, el campo jurídico, y el cambio social en Brasil”, en B. Santos y C. Rodríguez Garavito, El derecho y la globalización desde abajo, Barcelona, Anthropos.

Hudson, B. (1993), “Racism and Criminology: Concepts and Controversies”, en D. Cook y B. Hudson (eds.), Racism and Criminology, Londres, Sage.

— (1995), “Beyond Proportionate Punishment: Difficult Cases and the 1991 Criminal Justice Act”, Crime, Law and Social Change, 22: 59-78.

Jones, E. (1953), “Picketing and Coercion: A Jurisprudence of Epithets”, Virginia Law Review, 39(8): 1023-1052.

Kalven, H. (1965), “The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana”, The Supreme Court Review, 1965(1): 1-32.

Lacey, N. (1988), State Punishment, Londres, Routledge.

— (2001), “Social Policy, Civil Society and the Institutions of Criminal Justice”, Australian Journal of Legal Philosophy, 26: 7-25.

Lacey, N. y L. Zedner (1995), “Discourses of Community in Criminal

Justice", Journal of Law and Society, 22(3): 301-325.

Landwehr, H. (1993), "Unfriendly Persuasion: Enjoining Residential Picketing", Duke Law Journal, 43(1): 148-188.

Mansbridge, J. (2005), "Deliberation Everywhere", trabajo presentado en IVR Conference, Granada.

Marshall, B. (1965), "The Protest Movement and the Law", Virginia Law Review, 51(5): 785-803.

McCoy, C. (1997), "Sentencing (and) the Underclass", Law and Society Review, 31(3): 589-612.

Michelman, F. (1979), "Welfare Rights in a Constitutional Democracy", Washington University Law Quarterly, 1979(3): 659-693.

Moon, R. (1995), "The Supreme Court of Canada on the Structure of Freedom of Expression Adjudication", The University of Toronto Law Journal, 45(4): 419.

Moore, M. (1985), "Causation and the Excuses", California Law Review, 73(4): 1091-1149.

Morse, S. (1976a), "The Twilight of Welfare Criminology: A Reply to Judge Bazelon", Southern California Law Review, 49: 1247.

— (1976b), “The Twilight of Welfare Criminology: A Final Word”, Southern California Law Review, 49: 1275.

Murphy, J. (1973), “Marxism and Retribution”, Philosophy and Public Affairs, 2(3): 217-243.

Nino, C. (1973), Introducción al análisis del derecho, Buenos Aires, Astrea.

— (1991), The Ethics of Human Rights, Óxford, Oxford University Press.

— (1996), The Constitution of Deliberative Democracy, New Haven, Yale University Press.

Nussbaum, M. (2000), Women and Human Development, Cambridge, Cambridge University Press.

O’Neill, K. (1999), “Disentangling the Law of Public Protest”, Loyola Law Review, 45: 411-526.

Pettit, P. (1997), Republicanism, Óxford, Oxford University Press.

Pettit y Braithwaite (1994), “The Three Rs of Republican Sentencing”, Current Issues of Criminal Justice, 5: 318-325.

Pogge, T. (2001), “Priorities of Global Justice”, en Global Injustice, Óxford, Blackwell.

— (2003), World Poverty and Human Rights, Cambridge, Polity Press.

Posner, E. y A. Vermeule (2007), Terror in the Balance, Óxford, Oxford University Press.

Rawls, J. (1955), “Two Concepts of Rules”, The Philosophical Review, 64(1): 3-32.

— (1971), A Theory of Justice, Harvard, Cambridge University Press. [ed. cast.: Teoría de la justicia, México, FCE, 1978].

— (1991), Political Liberalism, Nueva York, Columbia University Press [ed. cast.: El liberalismo político, Crítica, 2004].

Reiman, J. (2007), The Rich Get Richer and the Poor Get Prison, Boston, Library of Congress.

Roberts, J. y otros (2003), Penal Populism and Public Opinion, Óxford, Oxford University Press.

Ryan, M. (1999), “Penal Policy Making Towards the Millennium: Elites and Populists; New Labor and the New Criminology”, International Journal of the Sociology of Law, 27: 1-22.

Sadurski, W. (1985), “Distributive Justice and the Theory of Punishment”, Oxford Journal of Legal Studies, 5: 47.

— (1989), “Theory of Punishment, Social Justice and Liberal Neutrality”, Law and Philosophy, 7(3): 351-373.

Scanlon, T. (2007), “When Does Equality Matter?”, manuscrito presentado en la John Kennedy School of Government, Harvard University.

Scout, M. (1974), “Picketing under the First Amendment”, The Hastings Law Journal, 26: 167.

Sen, A. (2004), “Elements of a Theory of Human Rights”, Philosophy and Public Affairs, 32(4): 315-356.

Simmons, J. (1996), “Associative Political Obligations”, Ethics, 106(2): 247-273.

Soberano, M. (2005), “La protesta social: delito, derecho o deber”, mimeo.

Stone, G. (1974), “For Americana: Speech in Public Places”, The Supreme Court Review, 1974: 233-280.

Sunstein, C. (1985), “Interest Groups in American Public Law”, Stanford Law Review, 38: 29-87.

— (2001), One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court, Cambridge, Harvard University Press.

— (2002), Designing Democracy: What Constitutions Do, Óxford, Oxford University Press.

Thayer, J. (1893), “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, Harvard Law Review, 7(129): 151-156.

Thompson, D. (1999), “Democratic Theory and Global Society”, The Journal of Political Philosophy, 7(2): 111-125.

Tonry, M. (1994), “Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishments”, en R. A. Duff y D. Garland, A Reader on Punishment, Óxford, Oxford University Press.

— (1995), Malign Neglect. Race, Crime, and Punishment, Nueva York, Oxford University Press.

Tullock, G., J. Buchanan y C. Kershaw Rowley (2004), The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy, Indiana, Liberty Fund.

Tushnet, M. (2000), Taking the Constitution Away from the Courts, Princeton, Princeton University Press.

Von Hirsch, A. (1976), Doing Justice, Nueva York, Hill and Wang.

— (1998), “Penal Theories”, en M. Tonry (ed.), The Handbook of Crime and Punishment, Nueva York, Oxford University Press: 659-682.

Waldron, J. (1993), Liberal Rights, Cambridge, Cambridge University Press.

— (1999a), Law and Disagreement, Óxford, Oxford University

Press.

— (1999b), The Dignity of Legislation, Cambridge, Cambridge University Press.

— (2000), “Why Indigence is Not a Justification”, en W. Heffernan y J. Kleinig (eds.), From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law, Óxford, Oxford University Press.

Young, I. (2000), Inclusion and Democracy, Nueva York, Oxford Press.

— (2001), “Activist Challenges to Deliberative Democracy”, Political Theory, 29(5): 670-690.

Zaffaroni, E. (2002), “El derecho penal y la criminalización de la protesta social”, Jurisprudencia Argentina, 4: 385.

— (2003), En busca de las penas perdidas, Buenos Aires, Ediar.

— (2006), El enemigo en el derecho penal, Buenos Aires, Ediar.

El autor

Roberto Gargarella es abogado y sociólogo (UBA), doctor en Leyes por la Chicago University y la UBA, y máster en Ciencia Política (FLACSO); realizó estudios posdoctorales en el Balliol College (Oxford). Es profesor titular en la UBA y en la Universidad Di Tella. Ha sido profesor visitante e investigador en los principales centros americanos y europeos. Por su trayectoria académica y su intervención en el debate público, es uno de los juristas más respetados y consultados en América Latina. Sus principales temas de indagación son el constitucionalismo y la democracia, el castigo penal, la desobediencia civil, el Poder Judicial y los derechos sociales. Entre sus decenas de libros y artículos publicados, The Legal Foundations of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860 (Cambridge University Press), Latin American Constitutionalism, 1810-2010 (Oxford University Press) y, en nuestra editorial, La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria, Discutir Alfonsín y Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática (todos en colaboración).